

# La modernización de las instituciones del derecho civil

Responsabilidad civil, propiedad y contrato

Olenka Woolcott Oyague • Diego Fernando Monje Mayorca  
• Ramón Antonio Peláez Hernández • Giovanni Comandé  
• Rómulo Morales Hervias

PRIVADO

18

JUS-Privado es la colección que presenta los resultados de investigación, reflexión y análisis sobre las instituciones de derecho privado, en especial las referidas a propiedad intelectual, derecho agrario, derecho de las obligaciones, negocio jurídico y sus desarrollos en el plano de la internacionalización.

La colección contribuye a difundir las nuevas lecturas de los institutos jurídicos tradicionales, resultado de los avances en la investigación jurídica y sociojurídica, propiciando el pensamiento crítico y la actualización permanente del conocimiento en la comunidad académica.

#### **OTROS TÍTULOS DE LA COLECCIÓN JUS-PRIVADO:**

- La teoría de títulos valores
- La reducción de la indemnización por razones de equidad
- Derecho al cuidado: un estudio comparado del modelo español y europeo
- Consumo, propiedad intelectual y competencia: tensiones con el derecho comercial
- Estudios colombo-alemanes sobre la autonomía negocial. Orígenes, historia, evolución y perspectivas de los institutos
- Derecho privado en contexto: praxis, historia y constitucionalización
- El aseguramiento de la responsabilidad civil médica
- El problema de las transfusiones de sangre y la transmisión del VIH
- Aprendizaje colaborativo en el estudio de derecho de sociedades
- El concepto de patrimonio y su aplicación en España
- Cláusulas de irresponsabilidad. Entre asimetría, equilibrio y abusividad
- Evidencia digital, distribución musical y derecho de consumo

**OLENKA WOOLCOTT OYAGUE:** Doctora en derecho de los contratos y obligaciones de la Scuola Superiore S. Anna, Pisa. Abogada de la Universidad de Lima. Docente e investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Especialista en derecho de los negocios en la Unión Europea (IUSE, Turín). Líder del Grupo de Estudio de Derecho Privado y Propiedad Intelectual. Contacto: olenka.woolcott@gmail.com

**DIEGO FERNANDO MONJE MAYORCA:** Doctor en derecho de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en derecho comercial de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá. Abogado de la Universidad Católica de Colombia. Profesor de derecho de las obligaciones y de los contratos en los posgrados de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Investigador del Grupo de Estudio de Derecho Privado y Propiedad Intelectual de la Universidad Católica de Colombia. Contacto: dfmonje@gmail.com

**RAMÓN ANTONIO PELÁEZ HERNÁNDEZ:** Doctor en derecho de la Universidad Externado de Colombia. Magíster en derecho procesal de la Universidad Libre de Colombia. Especialista en derecho procesal de la Universidad Libre de Colombia y en derecho privado económico de la Universidad Nacional de Colombia. Abogado de la Universidad Autónoma de Colombia. Miembro de los Institutos Colombiano e Iberoamericano de Derecho Procesal. Profesor de posgrados en las universidades Autónoma, Católica, Santo Tomás, Sergio Arboleda, Nacional y Externado de Colombia. Investigador del Grupo de Estudio de Derecho Privado y Propiedad Intelectual de la Universidad Católica de Colombia. Contacto: ramon@pelaezabogados.com.co

**GIOVANNI COMANDÉ:** Doctor en derecho privado comparado de la Scuola Superiore S. Anna, Pisa. Profesor ordinario de derecho comparado de la Scuola Superiore Sant'Anna; Contacto: [www.liderlab.org](http://www.liderlab.org); [g.comamde@santannapisa.it](mailto:g.comamde@santannapisa.it).

**RÓMULO MORALES HERVIAS:** Doctor en derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho de los contratos de la Universidad de Tor Vergata. Abogado de la Universidad de Lima. Profesor del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de la Universidad ESAN y de la Universidad de Lima. Miembro del Grupo para la Armonización del Derecho Privado Latinoamericano (GADAL). Contacto: [romulo.morales@puccp.pe](mailto:romulo.morales@puccp.pe)

Olenka Woolcott Oyague • Diego Fernando Monje Mayorca  
• Ramón Antonio Peláez Hernández • Giovanni Comandé  
• Rómulo Morales Hervias

# La modernización de las instituciones del derecho civil

Responsabilidad civil, propiedad y contrato

PRIVADO 18



**UNIVERSIDAD CATÓLICA**  
de Colombia  
Vigilada Mineducación

Woolcott Oyague, Olenka

La modernización de las instituciones del derecho civil : responsabilidad civil, propiedad y contrato / Olenka Woolcott Oyague, Diego Fernando Monje Mayorca, Giovanni Comandé, Ramón Antonio Peláez Hernández, Rómulo Morales Hervías. — Bogotá : Universidad Católica de Colombia, 2018

152 páginas .— (Colección Jus Privado ; 18)

ISBN: 978-958-5456-55-6 (impreso)

978-958-5456-56-3 (digital)

I.Título II. Serie III. Monje-Mayorca, Diego Fernando IV. Comandé, Giovanni V. Peláez Hernández, Ramón Antonio VI Morales Hervías, Rómulo

1. DERECHO CIVIL 2. RESPONSABILIDAD CIVIL.

Dewey 346. ed. 21

### Proceso de arbitraje

1.º concepto

Evaluación: 29 de julio de 2018

2.º concepto

Evaluación: 13 de agosto de 2018

© Universidad Católica de Colombia

© Olenka Woolcott Oyague

© Diego Fernando Monje Mayorca

© Ramón Antonio Peláez Hernández

© Giovanni Comandé

© Rómulo Morales Hervías

Primera edición, Bogotá, D. C.

Diciembre de 2018

*Dirección Editorial*

Stella Valbuena García

*Coordinación Editorial*

María Paula Godoy Casasbuenas

*Corrección de estilo*

Gustavo Patiño Díaz

*Diseño de colección*

Juanita Isaza

*Diagramación*

Mauricio Salamanca

*Publicación digital*

Hipertexto Ltda.

www.hipertexto.com.co

Bogotá, D. C., Colombia

*Impresión*

Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.

Bogotá, D. C., Colombia

### Cómo citar esta obra

En APA:

Woolcott Oyague, O., Monje Mayorca, D. F., Peláez Hernández, R. A., Comandé, G. y Morales Hervías, R. (2018). *La modernización de las instituciones del derecho civil. Responsabilidad civil, propiedad y contrato*. Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia.

En Chicago:

Woolcott Oyague, O., Diego Fernando Monje Mayorca, Ramón Antonio Peláez Hernández, Giovanni Comandé y Rómulo Morales Hervías. *La modernización de las instituciones del derecho civil. Responsabilidad civil, propiedad y contrato*. Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia, 2018.

### Facultad de Derecho

Carrera 13 N° 47-49

Bogotá, D. C.

derecho@ucatolica.edu.co

### Editorial

Universidad Católica de Colombia

Av. Caracas N° 46-72, piso 5

Bogotá, D. C.

editorial@ucatolica.edu.co

www.ucatolica.edu.co

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni total ni parcialmente o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin el permiso previo del editor.

Hecho el depósito legal

© Derechos reservados



**UNIVERSIDAD CATÓLICA**  
**de Colombia**  
Vigilada Mineducación

## **Facultad de Derecho**

### **Grupo de investigación**

Grupo de Estudio en Derecho Privado y Propiedad Intelectual (GEPPi)

### **Línea de investigación**

Constitucionalización del derecho privado,  
Estudios de derecho privado comparado

### **Proyecto de investigación**

Los retos del derecho privado contemporáneo en el contexto del debate  
constitucional y los nuevos desarrollos de la economía (fase III)



## Resumen

La responsabilidad civil, la transferencia del derecho de propiedad y la modernización contractual han sido materias de difícil tratamiento jurídico debido a su permanente evolución jurisprudencial y a la variedad de estudios doctrinales que buscan configurar su desarrollo e interpretación moderna.

La dinámica de la responsabilidad civil requiere una permanente adaptación a los constantes cambios sociales, adelantos de la ciencia y la tecnología, lo cual hace que este tema eventualmente repercute dentro y fuera del Derecho privado.

Partiendo de las anteriores premisas, surge este libro de investigación con el propósito de exponer la problemática más trascendente de la teoría general del Derecho de daños, mediante el estudio del riesgo a nivel jurisprudencial, el método para transferir la propiedad en el ámbito del comercio internacional, la noción de la responsabilidad civil en el entorno europeo y latinoamericano. Dando como resultado una mayor amplitud sobre el panorama de la formulación y prevención del daño.

Se ha logrado sin duda un texto dogmáticamente enriquecedor y útil, tanto para el estudiante como para el practicante del Derecho que habitualmente deben afrontar problemas que exigen ser analizados de forma moderna, a la luz de los fundamentos de la Responsabilidad civil.

### *Palabras clave:*

Derecho civil, responsabilidad civil, propiedad, Contratos, riesgo, derecho europeo de daños, prueba, presunciones.

## **Abstract**

Civil liability, the transfer of property rights, and contractual modernization have been difficult issues for legal treatment due to their permanent jurisprudential evolution and the variety of doctrinal studies that seek to establish their development and modern interpretation.

The dynamics of civil liability requires a permanent adaptation to constant social changes, advances in science and technology, due to which this issue has an important impact inside and outside of private law.

Based on the previous premises, this research book aims to present the most transcendent difficulties of the general theory of the law of damages, by studying risk at the jurisprudential level, the method to transfer property in the field of international trade, as well as the notion of civil liability in Europe and Latin America, which contributes to a broader view on the determination and prevention of damage.

Undoubtedly, the result is a dogmatically enriching and useful text, both for students and law practitioners, who usually face problems that need to be analyzed in a modern way, in light of the fundamentals of civil liability.

### *Keywords:*

Civil law, civil liability, property, contracts, risk, European Law of Damages, proof, presumptions.



## CONTENIDO

|                           |   |
|---------------------------|---|
| <b>Introducción</b> ..... | 9 |
|---------------------------|---|

|  |    |
|--|----|
| <b>Capítulo 1.</b> Hacia una reconstrucción de la responsabilidad objetiva por riesgo a través de la jurisprudencia colombiana ..... | 11 |
|--|----|

|                                    |    |
|------------------------------------|----|
| Consideraciones preliminares ..... | 12 |
|------------------------------------|----|

|   |    |
|---|----|
| La fórmula legislativa del artículo 2356 del Código Civil colombiano y su interpretación jurisprudencial..... | 16 |
|---|----|

|   |    |
|---|----|
| Caracterización de la actividad riesgosa y sus efectos para la imputación de la responsabilidad en la interpretación jurisprudencial del artículo 2356 del Código Civil colombiano..... | 18 |
|---|----|

|   |    |
|---|----|
| La responsabilidad objetiva por riesgo a través del examen de la jurisprudencia colombiana..... | 24 |
|---|----|

|  |    |
|--|----|
| Las actividades riesgosas y la imputación objetiva del daño: idoneidad potencial de daño ..... | 26 |
|--|----|

|   |    |
|---|----|
| Actividad riesgosa y el recurso a las presunciones en la jurisprudencia colombiana..... | 29 |
|---|----|

|                               |    |
|-------------------------------|----|
| Consideraciones finales ..... | 46 |
|-------------------------------|----|

|  |    |
|--|----|
| <b>Capítulo 2.</b> Las presunciones en el contexto de la responsabilidad civil y su aplicación en la jurisprudencia colombiana ..... | 51 |
|--|----|

|                                    |    |
|------------------------------------|----|
| Consideraciones preliminares ..... | 52 |
|------------------------------------|----|

|  |    |
|--|----|
| La responsabilidad civil derivada de actividades peligrosas en Colombia..... | 56 |
|--|----|

|                               |    |
|-------------------------------|----|
| Fundamento y definición ..... | 56 |
|-------------------------------|----|

|  |    |
|--|----|
| Evolución de la responsabilidad derivada de las actividades peligrosas en Colombia ..... | 57 |
|--|----|

|   |            |
|---|------------|
| Las presunciones y su tratamiento en el ordenamiento jurídico colombiano .....  | 60         |
| Naturaleza jurídica .....   | 60         |
| Clasificación de las presunciones .....   | 62         |
| Las presunciones en el contexto de la responsabilidad civil .....   | 63         |
| La presunción de responsabilidad .....  | 64         |
| La presunción de culpa .....  | 66         |
| Responsabilidad objetiva .....  | 68         |
| La actividad probatoria en el contexto de la responsabilidad por actividades<br>peligrosas .....  | 69         |
| Efectos de la presunción prevista en el artículo 2356 del C.C. ....   | 70         |
| Alternativas frente a la acreditación de la responsabilidad derivada<br>de actividades peligrosas en el Código General del Proceso .....                  | 71         |
| Consideraciones finales .....   | 74         |
| <br><b>Capítulo 3. El método para transferir la propiedad de mercaderías<br/>en el ámbito del comercio internacional .....</b>                            | <br>77     |
| Preámbulo y panorama .....  | 78         |
| La tendencia internacional .....  | 82         |
| Consideraciones finales .....   | 89         |
| <br><b>Capítulo 4. Sobre el derecho europeo de la responsabilidad civil .....</b>   | <br>91     |
| Los paradigmas del derecho europeo de la responsabilidad civil .....  | 92         |
| La evolución italiana de la responsabilidad por culpa y sin culpa<br>a prueba de los proyectos de armonización europeos .....                             | 101        |
| El impacto de los PETL y del MCR en el ordenamiento italiano .....  | 107        |
| Consideraciones finales .....   | 112        |
| <br><b>Capítulo 5. El derecho de desistimiento del contrato en los códigos civiles europeos<br/>y sudamericanos por incumplimiento obligacional .....</b> | <br>117    |
| Consideraciones preliminares .....  | 118        |
| Desistimiento del contrato por incumplimiento .....   | 121        |
| Desistimiento del contrato en general .....   | 126        |
| Desistimiento convencional .....  | 130        |
| Desistimiento legislativo .....   | 131        |
| Hacia un desistimiento dentro del marco de la teoría general del contrato .....   | 133        |
| Consideraciones finales .....   | 135        |
| <b>Conclusiones generales .....</b>   | <b>137</b> |
| <b>Bibliografía .....</b>   | <b>139</b> |

## INTRODUCCIÓN

El siglo XXI abre un periodo incesante de cambios en todas las dimensiones de la vida humana, económica, social, política y educativa, como consecuencia, sin duda, de un arduo y complejo proceso de evolución que tiene lugar en el siglo XX, desde la reivindicación de derechos fundamentales y su consagración en importantes documentos internacionales que consagran los Derechos Humanos hasta el desarrollo galopante de la tecnología, lo que impacta directamente en los procesos de producción y en la difusión de la información a escalas antes no imaginadas. El derecho, en general, es receptor de todas las innovaciones que afectan a la sociedad, y la vida cotidiana de los individuos, de la que se ocupa el derecho civil, exige respuestas adecuadas a los nuevos tiempos que toca vivir.

Esta reflexión inicial se apoya no solo en un objetivo de claridad contextual, sino en un llamado de atención frente al abordaje de los problemas que corresponde tratar desde el derecho civil o derecho privado. En esta línea, quien se proponga estudiar los problemas que surgen en instituciones como la responsabilidad civil, el contrato y la propiedad no puede hacerlo sino sujeto a una conciencia histórica; vale decir, a una visión que apunte a identificar lineamientos, contrastes de una época a otra en el mismo sistema jurídico y la mirada de panorama de cuanto acontece en los sistemas que, para el sistema de origen del estudio específico, representan un referente, por tratarse de la doctrina que, en un tiempo, inspiró las bases del propio sistema jurídico, o por la necesidad de revisar los desarrollos más actuales que se vienen construyendo para permitir el análisis de las instituciones del derecho civil en el propio sistema.

En esta línea de reflexión, la obra *La modernización de las instituciones del derecho civil: Responsabilidad civil, propiedad y contrato* analiza el estado actual del tratamiento que el derecho latinoamericano aporta sobre problemas específicos que son objeto de permanente discusión en los planos doctrinario y jurisprudencial. En este sentido, los autores identifican como ejes problemáticos para ser abordados en el presente libro: la responsabilidad objetiva por actividades riesgosas en la jurisprudencia colombiana y en el derecho europeo de daños, el método de la transferencia de propiedad de mercaderías en el comercio internacional y el desistimiento del contrato en los códigos civiles europeos y sudamericanos. El común denominador del estudio de dichas instituciones del derecho privado es la particular evolución que ha tenido su tratamiento en el plano del derecho colombiano, en respuesta a las exigencias de adecuación a los nuevos tiempos y la mirada de contraste o armonía con los lineamientos que se vienen construyendo en otros sistemas jurídicos latinoamericanos y en el derecho europeo. La preferencia por el estudio comparado con el derecho europeo se da a partir de las propuestas innovadoras en el derecho contractual y derecho de daños en Europa, a propósito de unos documentos de armonización del derecho europeo que se producen ya en medio del siglo XXI, y que para el estudioso del derecho civil latinoamericano constituyen referentes de singular importancia a la hora de visualizar los alcances y los rumbos que va tomando el derecho contractual y de la responsabilidad civil de matriz romano-germánica, atendiendo a los lineamientos que se observan en el derecho latinoamericano.

La obra prosigue la línea trazada en 2017 con *Estudios contemporáneos de Derecho Privado: Responsabilidad civil, propiedad, contratos y obligaciones*, y es fruto de los resultados de investigación del proyecto *Los retos del derecho privado contemporáneo en el contexto del debate constitucional y los nuevos desarrollos de la economía-Fase III*, aprobado y financiado por la Universidad Católica de Colombia para 2018, entre las actividades que realiza el Grupo de Estudio de Derecho Privado y Propiedad Intelectual de la misma institución.

En esta oportunidad, los miembros del grupo de investigación en referencia agradecen, de manera especial, la participación de los profesores Giovanni Comandé y Rómulo Morales, cuyo aporte en las reflexiones del derecho civil enriquece la obra.

# HACIA UNA RECONSTRUCCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA POR RIESGO A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA\*

## Resumen

La aplicación jurisprudencial del supuesto de la responsabilidad por riesgo contenido en el artículo 2356 del Código Civil colombiano presenta particular complejidad. La jurisprudencia ha oscilado entre interpretaciones que se inclinan por mantener un apego por la teoría de la responsabilidad subjetiva y otras que, atendiendo a la realidad del riesgo y las múltiples situaciones que lo representan o expresan, se apartan de la tesis tradicional para postular la existencia en el mencionado supuesto de responsabilidad de un verdadero criterio de imputación objetivo.

El estudio realiza un recorrido jurisprudencial a través de las sentencias de la Corte Suprema para identificar los elementos de juicio en la calificación de las actividades riesgosas, las variables en la determinación del referido supuesto de responsabilidad y explicar el recurso a las presunciones para permitir la inversión de la carga de la prueba.

**Palabras clave:** Responsabilidad civil, riesgo, culpa, presunciones, inversión de la carga de la prueba

\* .....  
La autora agradece a la auxiliar de investigación York Mape, auxiliar de investigación del Grupo de Estudio de Derecho Privado y Propiedad Intelectual, por su acompañamiento en la búsqueda y la clasificación de las sentencias, así como en el examen de estas bajo la guía de la autora del capítulo.

## Abstract

The jurisprudential application of the assumption of risk liability contained in the Article 2356 of the Colombian Civil Code is particularly complex. Jurisprudence has oscillated between interpretations that tend to stay attached to the theory of subjective responsibility, and others that, considering the reality of risk and multiple situations that represent or express it, depart from the traditional thesis in order to propose the existence of a true criterion for objective imputation in the said assumption of liability.

The study presents a jurisprudential study of the sentences of the Supreme Court to identify elements of judgment in the classification of risky activities and variables to determine the aforementioned assumption of liability, as well as to explain the recourse to presumptions in order to allow the allocation of the burden of proof.

**Keywords:** Civil liability, risk, blame, presumptions, reversal of the burden of proof.

## Consideraciones preliminares

El problema central que se aborda en el presente capítulo consiste en la reconstrucción de lo que la jurisprudencia colombiana entiende por actividad riesgosa o peligrosa y los efectos que le atribuyen, en cuanto a la operatividad del supuesto normativo contenido en el artículo 2356 del Código Civil colombiano. De esta manera, ha sido necesario hacer un recorrido jurisprudencial a través de las sentencias de la Corte Suprema que se han considerado las más representativas en medio de los vaivenes jurisprudenciales en la imputación del daño generado por riesgo de la actividad, tomando en cuenta las dificultades para entender el mencionado texto normativo en una época caracterizada por la proliferación de daños atribuibles al desarrollo de la ciencia y la tecnología.

En relación con el examen de las sentencias que se adelanta en el presente capítulo, cabe advertir que si bien no se reportan todas las sentencias en honor al espacio dedicado al tema en el libro, sí se ha cuidado; sin embargo, de que las sentencias cuyo sentido y cuyos argumentos se examinan reflejen los lineamientos y las inclinaciones de la jurisprudencia colombiana frente al problema abordado, con lo cual se ha tratado de evidenciar la importancia de la labor del juez en la

determinación de la tipología del supuesto de responsabilidad. El mencionado estudio permite identificar los rasgos de la actividad riesgosa o peligrosa que se encuentran en la base de la imputación de la responsabilidad, así como sus efectos en términos de una imputación o de una exoneración de la responsabilidad.

Respecto al supuesto de la responsabilidad por culpa, que se encuentra contemplado en el artículo 2341 del mismo cuerpo legal, es necesario partir de la distinción entre la *peligrosidad de la conducta* y la *peligrosidad de la actividad*: a la primera le corresponde un análisis de la conducta en términos de culpa, en tanto que la segunda conlleva una indagación sobre el grado de peligrosidad que se encuentra ínsito en la actividad misma y se sustenta en un criterio objetivo<sup>1</sup>. Sin embargo, aunque no se aborda el examen de la bipolaridad del sistema de responsabilidad a través de la jurisprudencia colombiana en cuanto estudio de la responsabilidad subjetiva y la responsabilidad objetiva, en cambio, sí interesa, de manera particular, la referencia a dicha polaridad, es inevitable, para los fines de un examen de la trayectoria jurisprudencial respecto al supuesto de responsabilidad por actividades riesgosas o por el uso de bienes riesgosos, a fin de procurar identificar las dificultades, si las hay, que se impone la propia jurisprudencia para afirmar la vigencia de la responsabilidad objetiva, y, preferiblemente, quedar en una posición de favor a los planteamientos que caracterizan la responsabilidad por culpa.

Cabe partir en el presente estudio de dos premisas. La primera, conforme a la cual el ordenamiento colombiano en materia de la responsabilidad civil ha sido influenciado por las nuevas tendencias de la responsabilidad civil, de las cuales da cuenta el derecho comparado; lógicamente, porque se trata de una institución cuya característica<sup>2</sup> consiste en adecuarse a los embates producidos por las nuevas

<sup>1</sup> Massimo Franzoni, *La responsabilità oggettiva*, t. II (Padua: Cedam, 1988), 142.

<sup>2</sup> Sin desconocer los desarrollos alcanzados por la responsabilidad civil, no debe olvidarse que el debate entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva tiene lugar ya en el siglo XIX, y es en este sentido como corresponde remitirse al aporte de la doctrina francesa; en particular, a Josserand, quien a finales de ese siglo defendía la tesis de la responsabilidad por riesgo creado para quien se es inmediatamente responsable, por razones de equidad, y sin que para ello sea necesario analizar el plano subjetivo o el rubro de actividad de los daños causados por el hecho de las cosas de las que uno se sirve. Para el jurista francés, el deber de resarcir tales daños se concreta en una obligación que nace ex lege, en cabeza de quien genera el riesgo. Para el autor, el daño "[...] debe ser asumido por aquel que lo ha creado, al margen de todo derecho de propiedad o de otro derecho real sobre la cosa [...]. El riesgo, noción concreta y de orden esencialmente práctico, debe ser asumido por el individuo que dispone de la cosa y ejerce el gobierno de esta...". Jean Louis Josserand, *De la responsabilité du fait des choses inanimées* (Paris: Arthur Rousseau éditeur, 1897), 89, 125. Se atribuye a la

circunstancias sociales y económicas; y dentro de este marco, el desarrollo de la ciencia y la tecnología<sup>3</sup> ha jugado un papel trascendental en la mejora de la vida de los individuos, por las facilidades que ofrece la vida moderna; pero, al mismo tiempo, ha dado lugar a un incremento de riesgos de daños. En Colombia, el régimen codicístico del siglo XIX de la responsabilidad civil se mantiene intacto y su adecuación a las nuevas circunstancias ha tenido lugar a partir de las últimas décadas del siglo XX, por la intervención de la legislación especial<sup>4</sup>, la cual identificó algunas actividades para las que dispuso un régimen de responsabilidad objetiva con criterios de imputación diversos; también, por la vía de la interpretación jurisprudencial, que, como se abordará en el presente capítulo, muestra una producción interesante en su número y ondulante en sus lineamientos frente al criterio de imputación para aplicarse en los casos de actividades riesgosas.

---

tesis de Josserand la vinculación de la responsabilidad objetiva con la responsabilidad por los daños causados por las cosas, en tanto que para lo demás sigue vigente en el derecho francés la doctrina de la responsabilidad por culpa. Geneviève Viney, *Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin. Introduction a la responsabilité*. 2.a ed. (París: Librairie Générale des Droit et de Jurisprudence, 1995), 84. En el sentido de señalar que la responsabilidad civil ha sido la institución que, desde un primer momento, se ha constituido en el instrumento que ha ofrecido protección jurídica a los nuevos bienes o intereses, Stefano Rodotà, "Modelli e funzioni della responsabilità civile", *Rivista Critica di Diritto Privato* (1984): 605. Por su parte, destacando que la doctrina estadounidense de la segunda parte del siglo XX, en materia de torts, orienta su crítica contra la doctrina de la responsabilidad por culpa, Francesco Busnelli, "Nuove frontiere della responsabilità civile", *Jus* n.º 23 (1976): 41.

<sup>3</sup> El desarrollo de la ciencia y la tecnología ha impactado en todas las relaciones humanas; es así que se habla de la sociedad postindustrial, de consumo global, globalizada o del conocimiento, tecnocrática, informatizada, interconectada, digital, multimedia, cibernética, telemática, de aldea global, de sociedad en red, de cibersociedad o de la globalización económica, lo que comporta riesgos y peligros crecientes para el individuo, la sociedad y el Estado. Francesco Galgano, *La globalización en el espejo del derecho*. Trad. Horacio Roitman (Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005), 13-85.

<sup>4</sup> El plano de la legislación especial es más elocuente, al mostrar casos de una responsabilidad objetiva como la de productos defectuosos, contemplada en el artículo 20º de la Ley 1480 de 2011, que contiene la fórmula legislativa sobre la materia contemplada en la Directiva 85/374/CEE del Consejo, del 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (1985). En este sentido, se pueden citar las sentencias de Casación Civil del 28 de julio de 2005, Exp. 00449-01, del 7 de febrero de 2007, Exp. 23162-31-03-001-1999-00097-01, [SC-016-2007]) y del 30 de abril de 2009, Exp. 25899-3193-992 1999-00629-01. En esta línea de supuestos de responsabilidad objetiva se encuentra, igualmente, la Ley 430 del 16 de enero de 1998, cuyo artículo 6º establece la responsabilidad por desechos y residuos peligrosos (1998). En otros casos, la responsabilidad derivada del transporte de personas (artículo 1003 Código de Comercio) y el transporte aéreo 1827, 1842, 1880, 1886 y 1887 del Código de Comercio; en este último caso, donde ni siquiera la fuerza mayor exonera.



•Hacia una reconstrucción de la responsabilidad objetiva por riesgo...•

La segunda premisa del capítulo consiste, tal como se advirtió en un trabajo precedente<sup>5</sup>, en reconocer que la jurisprudencia colombiana ofrece unos lineamientos que van marcando el camino hacia la construcción de un definido supuesto de responsabilidad objetiva por riesgo, aunque, a decir verdad, es un camino tortuoso por el predominio de un razonamiento subjetivista de la responsabilidad que difícilmente cede paso a criterios de imputación diferentes de la culpa, lo cual es corroborado por la ambigüedad de un texto normativo como el artículo 2356 del Código Civil colombiano<sup>6</sup>.

La jurisprudencia colombiana emprende, hacia finales de los años treinta del siglo XX, una interpretación novedosa para la época y para el contexto normativo, al señalar que el artículo 2356 Código Civil Colombiano prescribe un régimen de responsabilidad por desarrollo de actividades peligrosas basado en una “presunción irrefragable de culpa”<sup>7</sup> o en una presunción de responsabilidad, como se puede desprender, fundamentalmente, en los albores del siglo XX, a través de las primeras sentencias sobre actividades peligrosas en la jurisprudencia, de 1938<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Olenka Woolcott, Diego Monje, Giovanni Comandé, Ramón Peláez y Andrea Alarcón, Estudios Contemporáneos de Derecho Privado. Responsabilidad civil, propiedad, contratos y obligaciones (Bogotá: Editorial Universidad Católica, 2018). En posición contraria, Felisa Baena, “La objetivación de la responsabilidad civil en Colombia: una mirada a partir de los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil–PETL. Parte 2”, 2011. [http://www.morenoqabogados.com/datas/La\\_objetivacion\\_de\\_la\\_responsabilidad\\_civil\\_en\\_Colombia\\_por\\_felisa\\_baena\\_aramburo.pdf](http://www.morenoqabogados.com/datas/La_objetivacion_de_la_responsabilidad_civil_en_Colombia_por_felisa_baena_aramburo.pdf)

<sup>6</sup> El artículo 2356 del Código Civil colombiano prevé: “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta. Son especialmente obligados a esta reparación:

1° El que dispara imprudentemente un arma de fuego;

2° El que remueve las losas de una acequia o cañería, o las descubre en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transiten de día o de noche;

3° El que obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente, que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino”.

<sup>7</sup> Califica la presunción como “irrefragable” y la señala como una teoría de la que se ha servido la jurisprudencia colombiana: Fabricio Mantilla, “El principio general de responsabilidad por culpa del derecho privado colombiano”, Opinión Jurídica 6, n.° 11 (2007), 136. Del mismo modo, véase: Fabricio Mantilla, “El principio general de responsabilidad por culpa del derecho privado colombiano. Reformas en el Derecho Civil Francés y Perspectivas para el Derecho Chileno”, Actualidad Jurídica (Separata Revista), n.° 16 (2007): 17-33, 22.

<sup>8</sup> Corte Suprema de Justicia, “Sentencia de 14 de marzo de 1938. M.P. Ricardo Hinestrosa Daza”, G. J. XLVI, n.° 1938 (1938), 211-17.

## La fórmula legislativa del artículo 2356 del Código Civil colombiano y su interpretación jurisprudencial

Frente a la cláusula general de la responsabilidad por culpa que contempla el Código Civil colombiano en su artículo 2341, conforme al cual, “el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”, el codificador colombiano introdujo, además, otra norma: el artículo 2356 que a la letra señala:

“Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por esta.

“Son especialmente obligados a esta reparación:

“1. El que dispara imprudentemente un arma de fuego;

“2. El que remueve las losas de una acequia o cañería, o las descubre en la calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transiten de día o de noche;

“3. El que obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino”.

Si bien la redacción de la norma del artículo 2356 del Código Civil colombiano no permite inferir con nitidez que el legislador haya contemplado una regla de responsabilidad objetiva por riesgo —y desde esta lectura debe afirmarse que no existe un régimen general o especial de responsabilidad por riesgo—, también es cierto que el recorrido jurisprudencial que ha tenido la aplicación del mencionado artículo 2356 permite inferir que existen indicios claros, a diferencia de la redacción general de la norma, de que la referencia que hizo el legislador es a una actividad riesgosa o al uso de un bien riesgoso, conforme se puede desprender de los numerales enunciativos que contempla la propia norma y que delatan que el legislador no pudo haber entendido replicar o reforzar la cláusula general de la responsabilidad por culpa consagrada en el artículo 2341 del mismo cuerpo legal. La lectura de la norma que actualmente se le puede hacer, atendiendo, de manera particular, a las exigencias de las víctimas de múltiples daños generados como una consecuencia natural de este tipo de actividades, comunes y, al mismo tiempo, necesarias en la sociedad moderna, —y que en el presente capítulo se

•Hacia una reconstrucción de la responsabilidad objetiva por riesgo...•

sostiene—, y por lo cual se busca una refrendación en la propia jurisprudencia colombiana, ya había sido intuida por el propio legislador, conforme lo explica un sector de la doctrina<sup>9</sup>.

Con esta perspectiva, que permitirá destacar las variantes interpretativas de la jurisprudencia colombiana en torno al supuesto de responsabilidad contenido en el citado artículo 2356 del Código Civil, no se puede negar que el Código Civil de Colombia ha contemplado la responsabilidad por riesgo, aunque de una manera poco clara, ambigua en relación con el supuesto de responsabilidad subjetiva, tal como se desprende del propio texto normativo<sup>10</sup>, respecto al cual el desarrollo jurisprudencial oscila entre el recurso a la presunción de culpa y una presunción de responsabilidad y argumentaciones basadas en el examen de la conducta negligente del imputado.

En este sentido, la casuística que se examina en el presente capítulo tiene por objeto rescatar los elementos de juicio que emplea la jurisprudencia colombiana en torno a la responsabilidad por riesgo, para poder determinar, por una parte, si existe una regla de responsabilidad objetiva por riesgo, o, más bien, por otra, una aplicación de la regla de la culpa, sea en el sentido que se propone en la cláusula general de la responsabilidad por culpa del artículo 2341 del Código Civil<sup>11</sup>, o bien, con matices derivados de la propia argumentación jurisprudencial.

<sup>9</sup> Sobre una lectura interpretativa en el sentido de encontrar en la norma un supuesto de responsabilidad objetiva: Eduardo Zuleta Ángel, *Estudios Jurídicos* (Bogotá: Temis, 1974), 236. Una visión más reciente en esta línea: Javier Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil* (Bogotá: Legis, 2007), 871.

<sup>10</sup> En sentido contrario, Felisa Baena, "La objetivación de la responsabilidad civil en Colombia: una mirada a partir de los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil-PETL. Parte 2", 2011. [http://www.morenoqabogados.com/datas/La\\_objetivacion\\_de\\_la\\_responsabilidad\\_civil\\_en\\_Colombia\\_por\\_felisa\\_baena\\_aramburo.pdf](http://www.morenoqabogados.com/datas/La_objetivacion_de_la_responsabilidad_civil_en_Colombia_por_felisa_baena_aramburo.pdf)

<sup>11</sup> El artículo 2341 del Código Civil colombiano dispone: "El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido". La norma contiene el principio general de responsabilidad por culpa, y, por tanto, el criterio de imputación consiste en la culpa, respecto a la cual se ha dado una evolución en la propia doctrina de la culpa, en el sentido de pasar de una noción subjetiva a una noción objetiva; esta última es la que prevalece en la interpretación jurisprudencial. Recuérdese que la concepción subjetiva de la culpa corresponde a una etapa clásica de la teoría de la responsabilidad civil, donde a la culpa se la relaciona con el estado anímico del sujeto, reprochable por su obrar antijurídico en perjuicio de otros sujetos. En este sentido, por ejemplo, se encuentra una definición de De Cupis: "Se puede afirmar que hay culpa cuando no se ha empleado aquella tensión de las facultades mentales que habrían permitido prever el daño previsible, al igual que aún habiéndose previsto el daño, no se ha impreso a la propia energía volitiva aquella orientación que, con la finalidad de evitarlo, habría sido necesaria". Adriano De Cupis, *Il danno* (Milán: Giuffrè, 1966), 108. En esta línea, explica Santos Ballesteros que la culpa consiste en "un estado anímico reprochable de un sujeto de derecho por su obrar antijurídico en perjuicio de otro sujeto que excita la reacción del ordenamiento jurídico para la

Si bien la jurisprudencia colombiana ha señalado en reiteradas ocasiones que la norma del artículo 2341 del Código Civil contempla el régimen de responsabilidad por hecho propio —el que, a su vez, consagra la culpa como fundamento de imputación—, y pese a que el artículo 2356 contempla la responsabilidad por hecho de las cosas aplicadas a actividades riesgosas como una excepción a la regla general<sup>12</sup>, no dejan de sorprender las líneas ondulantes de la jurisprudencia sobre la interpretación de dicha norma, como se puede observar en los apartados que siguen.

### **Caracterización de la actividad riesgosa y sus efectos para la imputación de la responsabilidad en la interpretación jurisprudencial del artículo 2356 del Código Civil colombiano**

Las premisas conceptuales abordadas en el apartado precedente permiten ingresar al análisis de la responsabilidad por riesgo en la jurisprudencia colombiana. Las actividades respecto a las cuales se plantea la discusión en torno a la aplicación del supuesto de responsabilidad contemplado en el artículo 2356 del Código Civil colombiano tienen como característica el hecho de superar el riesgo ordinario de cualquier actividad; en otras palabras, podría señalarse que hay en ellas un riesgo mayor, que hace necesaria una intervención diferente de los sujetos y la sociedad, y distinta del simple control del acto humano que se ejerce con los cuidados y las diligencias necesarias para el caso.

---

defensa del derecho ofendido". Jorge Santos Ballesteros, *Instituciones de responsabilidad civil*, t. I (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2006), 25; también, Rafael Bernard Mainar, *Curso de derecho privado romano* (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2006), 377. En el derecho francés, los hermanos Mazeaud se ubican en la línea subjetivista de la responsabilidad al haberse pronunciado contra las tesis objetivistas. En este sentido, señalaron que "Establecer una responsabilidad automática es despojar a la responsabilidad de toda moral y de toda justicia". Henri Mazeaud, Leon Mazeaud y Jean Mazeaud, "Lecciones de Derecho Civil", vol. II, *La responsabilidad civil. Los cuasicontratos* (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960), 7. Por su parte, la noción objetiva de la culpa se contrapone a la denominada culpa subjetiva, por exigir un examen de la conducta del sujeto diferente, que se despoja del análisis de la conducta del agente en sus propios asuntos, que, más bien, ve la culpa como reproche de conciencia. La diferencia consiste en que la llamada culpa objetiva busca un examen en abstracto de la conducta del sujeto imputado; es decir, se valora la conducta en sí misma separándola del sujeto que la realizó, y para su determinación debe comparársela con la que habría tenido un hombre prudente y diligente, sin consideración alguna de su estado anímico o su estado de conciencia. Los hermanos Mazeaud promovieron la difusión de esta valoración de la conducta, a través de la cual se puede llegar a establecer el error de conducta. *Ibid.*

<sup>12</sup> Gilberto Martínez Rave y Catalina Martínez Tamayo, *Responsabilidad civil extracontractual* (Bogotá: Temis, 2003), 154.

•Hacia una reconstrucción de la responsabilidad objetiva por riesgo...•

En esta línea de reconstrucción del supuesto de responsabilidad por riesgo en la jurisprudencia colombiana, se puede partir de una caracterización de la actividad riesgosa, y, en ese sentido, se identifica en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 3 de mayo de 1965 una definición de actividad peligrosa como “todas aquellas que el hombre realiza mediante el empleo de cosas o energía susceptibles de causar daño a terceros”<sup>13</sup>. Por su parte, la sentencia del 26 de agosto de 2010 refiere que debe entenderse como actividad peligrosa la que “[...] aunque lícita, es de las que implican riesgos de tal naturaleza que hacen inminente la ocurrencia de daños, [...]” (G.J. CXLII, pág. 173, reiterada en la CCXVI, pág. 504), o la que “[...] debido a la manipulación de ciertas cosas o al ejercicio de una conducta específica que lleva ínsito el riesgo de producir una lesión o menoscabo, tiene la aptitud de provocar un desequilibrio o alteración en las fuerzas que —de ordinario— despliega una persona respecto de otra”, como así lo registró esta corporación en sentencia de octubre 23 de 2001, expediente 6315<sup>14</sup>.

La doctrina colombiana<sup>15</sup> se condice con los elementos de juicio que se manifiestan en la citada sentencia para caracterizar una actividad riesgosa destacando la potencialidad dañosa de la actividad desplegada, el carácter incontrolable e imprevisible de esta, la incertidumbre de los efectos del fenómeno o la capacidad

<sup>13</sup> Corte Suprema de Justicia, Sentencia de la Sala Civil del 3 de mayo de 1965.

<sup>14</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, del 26 de agosto de 2010. M.P. Ruth Marina Díaz Rueda, 13. Véase también la Sentencia de la Sala Civil del 30 de septiembre de 2002, Exp. 7069, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, *Revista Jurisprudencia y Doctrina* n.º 372 (2002): 2613; Sentencia de la Sala Civil del 23 de octubre de 2001, Exp. 6315, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, *Revista Jurisprudencia y Doctrina* n.º 360 (2001), 2439. Por su parte, ha sido también elocuente la jurisprudencia del Consejo de Estado al señalar, mediante sentencia del 13 de septiembre de 2001, que la actividad peligrosa se presenta “cuando rompe el equilibrio existente, colocando a las personas ante el peligro inminente de recibir lesión a su persona o en sus bienes. La inminencia de un peligro que desborda la capacidad de prevención o resistencia común de los seres humanos, son las características determinantes para definir las actividades peligrosas. No debe perderse de vista que el peligro es un concepto indeterminado y, por lo tanto, solo puede ser establecido por el juez en atención a las circunstancias particulares del caso concreto”. Consejo de Estado, Sentencia de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, del 13 de septiembre de 2001. C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros. Exp. 12487. Sin embargo, el concepto en derecho administrativo colombiano no difiere mucho de la noción del derecho privado, el cual es anterior y ha tenido mayor desarrollo en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Carlos Mario Molina Betancur y Andrés Armando Ramírez Gómez, “El concepto de actividad peligrosa en el derecho administrativo colombiano”. *Opinión Jurídica* 5, n.º 9 (2006), 103-24. Álvaro Bustamante Ledesma, *La responsabilidad extracontractual del Estado* (Bogotá: Leyer, 2003), 84.

<sup>15</sup> Javier Tamayo Jaramillo, *Tratado de Responsabilidad Civil*, t. I (Bogotá: Legis, 2007), 859. En el sentido de especificar algunos tipos de actividades riesgosas, como el empleo de máquinas, instrumentos, aparatos, energías o sustancias que ofrecen riesgos o peligros en razón de su instalación, de su propia naturaleza explosiva o inflamable o de su velocidad, entre otras, véase: Arturo Valencia Zea, *Derecho Civil. De las Obligaciones*, t. III (Bogotá: Temis, 1998), 288.

de destrozo que tienen sus elementos como características de estas actividades. Se trata de una caracterización que, si bien ha enfrentado severas críticas en el plano del derecho comparado<sup>16</sup>, al presentarse como demasiado amplia e insuficiente para alcanzar a constituirse como un principio rector de la responsabilidad civil, paralelo al principio de la culpa, ha tratado, sin embargo, de cubrir un vacío que la preeminencia misma de la culpa, en tanto única regla de imputación de responsabilidad, develó, precisamente, en medio de una explosión de situaciones dañosas, producto de las características de la sociedad moderna<sup>17</sup>, las cuales fueron insuficientemente resueltas con su aplicación a lo largo de la historia de la responsabilidad, debido a su incapacidad para hacer frente a la necesidad indemnizatoria de víctimas de ingentes daños.

Justamente, las transformaciones que ha experimentado la sociedad en el plano de la economía en todas sus fases, desde la producción hasta el consumo de los productos y los servicios, así como el impacto de la tecnología en todas las relaciones humanas, han determinado una transformación de la responsabilidad civil, y, con ella, el surgimiento de nuevos criterios de imputación de naturaleza objetiva, los cuales no se fundan en la culpabilidad del comportamiento dañoso, sino en las circunstancias objetivas ajenas a la negligencia y a la intención de causar daños<sup>18</sup>.

Como se recalca en el párrafo anterior, el carácter riesgoso de la actividad es determinado por elementos objetivos que permiten al juez ubicar la conducta del sujeto agente del daño en una esfera del examen de imputación distinta de la que es propia de la culpa; es decir, del hecho propio, que exige, en cambio, un análisis

<sup>16</sup> Precisamente, frente a la lógica compleja que sostiene la idea de una responsabilidad objetiva como principio general de responsabilidad, han surgido las respuestas de diversas tendencias de la doctrina, orientadas a defender el rol central y ordenador del criterio de la culpa. Cesare Salvi, *Responsabilità extracontrattuale (diritto vigente)*. Enciclopedia del Diritto, vol. XXXIX (Milán: Giuffrè, 1988), 1218. Una definición de la responsabilidad objetiva en sentido negativo en relación con la imputación por culpa se encuentra en Domenico Barbero, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, 5.ª, ed., t. II. (Turín: UTET, 1962), 809. En defensa de una lectura actualizada de un sistema bipolar de la responsabilidad civil, Francesco Busnelli, "La parabola della responsabilità civile". *Rivista Critica del Diritto Privato* (1988): 643-84.

<sup>17</sup> Con una perspectiva sociológica y examinando cómo el fenómeno del "riesgo global" determina el mundo contemporáneo, Ulrich Beck, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*. Trad. De Walter Privitera, Carlo Sandrelli (Roma: Carocci editore, 2000), 35. Destacando que la actividad de empresa en la actualidad es generadora de daños, Renato Scognamiglio, "Rischio e impresa", *Rivista di Diritto Commerciale* I, (1967): 400.

<sup>18</sup> Giovanna Visintini, *Trattato breve della responsabilità civile* (Padua: Cedam, 1996), 647.

del comportamiento causante del daño. En efecto, a diferencia de la responsabilidad por culpa, en la responsabilidad por riesgo no está en juego un examen de las precauciones adoptadas o que se debieron adoptar para prevenir el daño, y luego de ello, poder determinar la existencia de la actividad riesgosa. En otras palabras, no se requiere un examen *in concreto* de la peligrosidad de la actividad, pues dicha calificación fluye *in abstracto* de aquellos indicadores de carácter objetivo, estadísticas, intensidad o dimensión de los efectos dañosos de una determinada actividad, entre otros factores, que se van perfilando y reconociendo en la sociedad para poder determinar, incluso, hasta el grado de peligrosidad que puede acarrear el ejercicio de ciertas actividades. De esta manera, queda fuera de contexto un examen del comportamiento del agente que realiza la actividad y genera un daño en relación con las precauciones adoptadas para evitar que la cosa potencialmente peligrosa cause, efectivamente, un daño<sup>19</sup>. Sin embargo, un examen de la conducta del agente así propuesto tendría lugar solo a la luz de una fórmula legislativa, como la contemplada en el artículo 2050 del Código Civil italiano de 1942, donde el legislador dispuso la posibilidad para el imputado de responsabilidad por actividad riesgosa de exonerarse “si prueba haber adoptado todas las medidas necesarias para impedir el daño”. Lo destacable de la evolución que ha tenido la interpretación de la citada norma en la jurisprudencia italiana, como se abordará de manera especial en el capítulo siguiente, consiste en que no ha sido acogida por ella una lectura literal de la norma, pues la posible liberación de responsabilidad que contempla el legislador italiano, consistente en una singular ausencia de culpa, conocida en la doctrina como culpa levísima, no es acogida por la práctica jurisprudencial, toda vez que para el entendimiento que les han dado los jueces italianos, dicha norma admite solo la ruptura causal como fundamento de la exclusión de la responsabilidad.

Es así como una posición que se oriente por una valoración de la conducta del agente del daño, en términos de prevención del hecho dañoso, solo guardaría coherencia con la argumentación subjetivista de la jurisprudencia colombiana en torno a la imputación de la responsabilidad por riesgo, en la que se notan

<sup>19</sup> En cambio, véase una posición contraria que delega en el juez la valoración de la actividad riesgosa para cada caso concreto, cuya determinación exige, para esta visión, un “examen del comportamiento de la persona que ejecuta o se beneficia de aquella actividad, en relación con las precauciones adoptadas para evitar que la cosa potencialmente peligrosa cause efectivamente un daño”. Jorge Santos Ballesteros, *Instituciones de responsabilidad civil*, t. I (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2006), 25.

frecuentes y sustanciales referencias a la determinación de la conducta del causante del daño, valorada en términos de una violación de las diligencias debidas en el caso concreto.

En este orden de ideas, se considera que es distinto afirmar que el carácter de las actividades riesgosas no es determinado *a priori*, salvo en los casos en que el legislador lo haya dispuesto o la jurisprudencia lo haya venido señalando a través de sus pronunciamientos, toda vez que pueden ir surgiendo nuevos criterios jurisprudenciales que permitan identificar o calificar las actividades como riesgosas, atendiendo, sobre todo, a su potencialidad dañosa, debido a las características que tienen o a las cosas que involucran; sin embargo, en todos estos casos, no se debería volver al examen de la conducta desencadenante del daño analizando las medidas de prevención adoptadas en el caso, para evitar la producción del daño, debido a que la culpa no es el criterio de imputación de responsabilidad en un supuesto de responsabilidad objetiva por riesgo, pues la culpa del causante del daño no viene en consideración para la imputación de responsabilidad objetiva, y no cabe, entonces, un juicio de valor de la conducta del agente, como, en cambio, sí se requiere en un supuesto de responsabilidad por culpa. En este orden de ideas, no se entendería que la toma o no de precauciones por parte de quien realiza una actividad de instalación eléctrica sirva para definir en un caso dado si se trata o no de una actividad riesgosa. Sabido es, por ejemplo, que la electricidad, por más diligencias actuadas, tiene por sí misma la capacidad de producir un accidente<sup>20</sup>.

Conforme al planteamiento que señala una determinada actividad como riesgosa, no se niega que quien la realiza tiene también la obligación de cumplir con una serie de condiciones para su ejecución, bien sea porque lo exige la ley, o bien, porque así lo indica el sentido común, pero el cumplimiento o el incumplimiento de tales requisitos para su ejercicio no interfiere en la valoración de la naturaleza objetiva de la imputación del daño derivado de dicha actividad. En otras palabras, la determinación de si se está frente a una actividad riesgosa para efectos de ubicar el supuesto en la responsabilidad objetiva no presupone la valoración de la conducta del sujeto que realiza la actividad en el caso concreto, toda vez que este análisis conduciría el caso a un examen a la luz del supuesto de la responsabilidad por culpa. He aquí, precisamente, la confusión argumentativa que se observa en

<sup>20</sup> Giovanna Visintini, *La responsabilità civile nella giurisprudenza* (Padua: Cedam, 1967), 392, donde se insiste sobre la peligrosidad de los medios; es decir, la de las estructuras conductoras de energía eléctrica.



varias de las sentencias colombianas sobre actividades riesgosas, como se podrá observar.

En este sentido, se puede afirmar que la identificación de las actividades riesgosas no se halla circunscrita a un *numerus clausus*, sino que está abierta a la determinación legislativa o jurisprudencial en función de la potencialidad dañosa de la actividad o de las severas consecuencias dañosas que puede tener su ejercicio, para lo cual un indicador puede encontrarse en las estadísticas de los accidentes que tienen lugar en la sociedad o en la anormalidad de las consecuencias dañosas que deriven de la actividad, entre otros. Bajo esta óptica, se sindicaron como actividades riesgosas la conducción de vehículos motorizados, la explotación minera, el uso de armas de fuego, la electricidad y el uso de máquinas, entre otras, tal como fluye de la propia jurisprudencia colombiana que se reporta en este capítulo.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de Colombia ha señalado que “por lo común, la actividad peligrosa como toda otra, se ejerce con sujeción a los parámetros normativos. Dichas actividades podrán prohibirse en consideración a los riesgos intolerables de su ejercicio, incluso con sanciones penales o permitirse por su necesidad, utilidad o contribución al desarrollo social, técnico o científico, regulándose de manera abstracta o concreta bajo directrices de autorización, control, dirección, vigilancia y asunción de los riesgos por los peligros potenciales de lesión”<sup>21</sup>; al mismo tiempo, ha destacado el carácter especial del régimen de responsabilidad, al ser específico, singular y concreto<sup>22</sup>, con lo cual se descarta una pretensión de regla general de imputación de responsabilidad, como es el caso de la cláusula general de la responsabilidad por culpa, a pesar de que una característica de la sociedad moderna consiste, precisamente, en la pluralidad de situaciones de riesgo: una de las premisas de las que parte el presente capítulo.

De esta manera, la Corte Suprema, tomando como referencia el enunciado de algunas actividades riesgosas contempladas en el artículo 2356 del Código Civil colombiano, ha calificado como actividades peligrosas “las labores que conllevan

<sup>21</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, del 26 de agosto de 2010. M.P. Ruth Marina Díaz Rueda. Aclaración de voto de William Namén Vargas, 57.

<sup>22</sup> En este sentido, ha precisado la Corte Suprema de Justicia que “[...] naturalmente que se trata de una responsabilidad específica, singular y concreta regida por directrices legales propias, fundamentada en el riesgo o peligro que le es consustancial e inherente”. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, del 26 de agosto de 2010. M.P. Ruth Marina Díaz Rueda. Aclaración de voto de William Namén Vargas, 57.

al empleo de máquinas o la generación, distribución o almacenamiento de energías...”; y en la misma línea ha identificado como actividades peligrosas, “[...] la conducción de vehículos automotores terrestres, la aviación, la construcción de un edificio, la utilización de elevadores de carga, la conducción de ganado frente a los peatones, fumigaciones aéreas, utilización de explosivos, los gases residuales de las fábricas, las chimeneas de instalaciones industriales, etc. [...]”<sup>23</sup>.

Sin embargo, como se apreciará más adelante, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha dedicado particular atención a caracterizar actividades riesgosas como la electricidad, a la cual la ha calificado como peligrosa “en grado sumo”<sup>24</sup>, y cuyo manejo implica “riesgos especiales” para las personas<sup>25</sup>, además de destacar que el transporte de energía eléctrica genera “grave riesgo”<sup>26</sup>.

### La responsabilidad objetiva por riesgo a través del examen de la jurisprudencia colombiana

Se trata de identificar los casos en los que la jurisprudencia colombiana ha optado por sostener su argumentación a favor de la aplicación del artículo 2356 Código Civil Colombiano, y, dentro de dicho marco, poder determinar si existe una preferencia por mantener la culpa como único y absoluto criterio de imputación de responsabilidad, o si subsiste a modo de una envoltura subjetiva que lleva en las entrañas los gérmenes de otro criterio de imputación; o, finalmente, si la jurisprudencia permite la vigencia de la culpa como criterio de imputación para determinadas situaciones de riesgo generador de daños, junto con otras hipótesis en las cuales se acepta que el riesgo es el criterio de imputación que se encuentra en el supuesto de responsabilidad *sub examine*. En todo caso, se busca identificar los elementos de juicio según los cuales la jurisprudencia determina que existe

<sup>23</sup> En este sentido, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, del 25 de octubre de 1999. M.P. José Fernando Ramírez Gómez, 6. [http://hipertexto-obligaciones.uniandes.edu.co/lib/exe/fetch.php?media=25\\_octubre\\_1999.pdf](http://hipertexto-obligaciones.uniandes.edu.co/lib/exe/fetch.php?media=25_octubre_1999.pdf)

<sup>24</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, del 16 de marzo de 1945, *Gaceta Judicial* LVIII, 668. En la misma línea, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 8 de octubre de 1992. Exp. 3446. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

<sup>25</sup> Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 5 de abril de 1962, *Gaceta Judicial*, n.º 2253-2254, 342. M.P. José Hernández Arbeláez.

<sup>26</sup> Corte Suprema de Justicia. 19 de diciembre de 2006. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, 6.

•Hacia una reconstrucción de la responsabilidad objetiva por riesgo...•

una actividad riesgosa susceptible de encuadrarse en el artículo 2356 del Código Civil colombiano.

A fin de lograr el objetivo señalado, se revisarán algunos casos que han sido seleccionados de la jurisprudencia colombiana para identificar los elementos de juicio que han permitido a los jueces decidir por el recurso a una presunción irrefragable de culpa o a una presunción de responsabilidad.

El examen de las sentencias que han sido identificadas para detectar los criterios utilizados por los magistrados, referidos a las actividades riesgosas y la aplicación de los supuestos de responsabilidad consagrados en el Código Civil nos permite advertir, en primer lugar, que la casuística que evidencia la problemática se concentra, de manera notoria, en los accidentes que derivan de la conducción vehicular. Esta circunstancia es sintomática de la peligrosidad de la actividad involucrada, y de que respecto a ella no se duda en proponer la aplicación del supuesto de responsabilidad por riesgo. Justamente, los sistemas jurídicos han dispensado un tratamiento particular a ese tipo de daños, al delegarlo a la legislación especial para crear un régimen de indemnización más efectivo en relación con la responsabilidad civil, como se ha dado en el caso francés<sup>27</sup> y en otros sistemas que han introducido sistemas de indemnización automática, como el seguro obligatorio por accidentes de tránsito (SOAT). Por otro lado, se le considera un supuesto más de responsabilidad por riesgo, contemplado en el propio Código Civil, y que, generalmente, se nutre de la interpretación jurisprudencial, como es el caso del derecho italiano, entre otros<sup>28</sup>. En otros casos, el legislador ha logrado prever un claro supuesto de responsabilidad objetiva por riesgo, como ha sido la opción del codificador peruano, y, recientemente, el argentino; de esta manera, se

<sup>27</sup> A medida que se multiplicaron los accidentes de tránsito en Francia, la norma de la responsabilidad por el hecho de las cosas, contemplado en el Código Civil francés, no fue suficiente. La jurisprudencia jugó un papel fundamental para impulsar la intervención del legislador en la materia. De esta manera, se llegó a la Ley del 5 de julio de 1985, tendiente a la mejora de la situación de las víctimas de accidentes de la circulación y a acelerar los procedimientos de indemnización; <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006068902>. La ley despertó un debate sobre su autonomía respecto al derecho común de la responsabilidad civil, de manera que surgieron posiciones a favor y en contra. Francois Chabas, *Le droit des accidents de la circulation après la réforme du 5 juillet 1985* (París: Litec, 1987), 145; Cristian Larroumet, *L'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation: l'amalgame de la responsabilité civile et de l'indemnisation automatique* (París: Dalloz, 1985), 237.

<sup>28</sup> Comandé, et al., Estudios contemporáneos de Derecho Privado.

separa de la regla general de la imputación por culpa<sup>29</sup>. Así, el derecho ha tratado de dar respuesta a la necesidad de un planteamiento diferente respecto a la imputación subjetiva para los daños derivados de las actividades riesgosas; con mayor razón, si se toma conciencia de que la sociedad de los tiempos actuales se halla en permanente evolución, y, sobre todo, impulsada por el indetenible desarrollo de la ciencia y la tecnología, factores que, por sí mismos, comportan un riesgo de mayor o menor envergadura, pero, en todo caso, suficiente para generar daños.

Sin embargo, no tienen menor relevancia, en términos de peligrosidad, otras situaciones distintas de la conducción vehicular, como es el caso de la electricidad, de los bienes que funcionan con electricidad —como las máquinas que la utilizan en diversas áreas de la actividad humana—, sustancias tóxicas, actividad minera, cilindros de gas, medicamentos, entre otros, tal como ya se refirió. Desconocer esta nueva realidad de los daños, la cual alcanza a visibilizarse por el predominio de actividades y bienes riesgosos en la sociedad, solo puede significar que se opta por desatender la situación de las múltiples víctimas de estos daños, que son propios de la sociedad moderna.

### *Las actividades riesgosas y la imputación objetiva del daño: idoneidad potencial de daño*

Las actividades riesgosas por sí mismas representan un peligro para los individuos que las realizan, así como para terceros que pueden encontrarse en el entorno; en esa medida, tienen una potencialidad dañosa. Es cierto que el sujeto que realiza la actividad puede desplegar una conducta intachable desde el punto de vista del cuidado debido, el conocimiento sobre el ejercicio de la actividad o el funcionamiento del bien peligroso, pero nada de ello podrá anular la eventualidad de la producción de un daño<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> El Código Civil y Comercial de la Nación argentina prevé en el artículo 1757 una norma novedosa para el derecho argentino, desde el punto de vista legislativo, aunque la doctrina y la jurisprudencia impulsaron su dación desde hace años. De esta manera, la norma referida dispone bajo el subtítulo "Hecho de las cosas y actividades riesgosas: -Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención". Ministerio de Justicia, *Código Civil y Comercial de la Nación*, (Buenos Aires: Infojus, 2014), 274. Con anterioridad, el Código Civil peruano de 1984 dispone en su artículo 1970 que "aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo".

<sup>30</sup> En este sentido, ilustra Giovanna Visintini remitiéndose a la Casación italiana, cómo la jurisprudencia ha destacado que la noción de actividad peligrosa se debe a su notable potencialidad de daño a terceros, mientras

•Hacia una reconstrucción de la responsabilidad objetiva por riesgo...•

Sin embargo, para este tipo de actividades o el uso de ciertos bienes se exige la adopción de ciertas medidas de seguridad, con el fin de reducir el peligro, lo que, generalmente, es dispuesto por los diversos estamentos del Estado, bajo la consideración de que el desarrollo de dichas actividades beneficia a toda la colectividad; pero el peligro que comportan demanda una serie de requisitos que deben cumplirse *ex ante*, debido, precisamente a un control general que lleva a cabo el Estado buscando evitar la proliferación de daños. En este contexto de las actividades riesgosas, adquiere especial relevancia el recurso a los seguros, lo que se plantea, incluso, como una de las condiciones para el ejercicio de este tipo de actividades<sup>31</sup>.

La tesis de la responsabilidad objetiva por riesgo plantea que quien causa un daño mediante una actividad riesgosa o el empleo de un bien riesgoso responde aun si obró conforme a la diligencia debida o el estándar medio de diligencia<sup>32</sup>. Cabe recalcar lo aseverado en esta última parte, toda vez que para la responsabilidad por riesgo resulta intrascendente el examen de la culpa del agente del daño; tanto es así que resulta irrelevante, para los fines de exoneración de

---

una actividad inocua, que se torne peligrosa por la conducta de quien la ejerce, comporta solo la responsabilidad según la cláusula general de la imputación por culpa. Giovanna Visintini, *Tratado de la responsabilidad civil*. Trad. Aída Kemelmajer (Buenos Aires: Astrea, 1999), 422. Con relación al derecho colombiano, Olenka Woolcott, Diego Monje, Ramón Peláez, Giovanni Comandé y Andrea Alarcón, *Estudios contemporáneos de derecho privado. Responsabilidad civil, propiedad, contratos y obligaciones* (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2018).

<sup>31</sup> La doctrina destaca que se asiste a un fenómeno de objetivación y casi de “despersonalización” de la responsabilidad civil, en el cual ya no es la culpa el fundamento de la imputación de responsabilidad, y es, precisamente, en este punto central donde resulta fácil reconocer la relación entre el seguro y la responsabilidad civil. Giuseppe Fanelli, “I problema fondamentali dell’assicurazione della responsabilità civile per i rischi della strada con particolare riferimento al progetto governativo”. *Rivista di diritto commerciale*, N.º (1966): 9-10, 347. En el sentido de destacar que el seguro ha tenido un papel decisivo en el proceso de revisión crítica del tradicional sistema de la responsabilidad, en el cual la responsabilidad sin culpa figuraba como la excepción a la regla de la culpa: Guido Alpa, *Istituzioni di diritto privato* (Turín: UTET, 2001); Stefano Rodotà, *Il problema della responsabilità civile* (Milán: Giuffrè, 1964), 16.

<sup>32</sup> La idoneidad potencial para lesionar los derechos y los intereses tutelados por el ordenamiento jurídico, más allá de la diligencia o del cuidado exigible y de los parámetros corrientes, constituye la característica de las actividades peligrosas. Luigi Corsaro, *Voce: Responsabilità da attività. Pericolose. Digesto delle discipline privatistiche*. Vol. XVII (Turín: UTET, 1998), 82-89. Constituyen “actividades dañosas o riesgosas que no se prohíben”; es decir, están permitidas por la ley, Pietro Trimarchi, *Istituzioni di diritto privato*, (Milán: Giuffrè, 1998), 147. Se trata de actividades caracterizadas por su “peligrosidad intrínseca o relativa a los medios de trabajo empleados”; es decir, por los riesgos y los peligros que las caracteriza *per se*, se disciplina el deber legal de resarcir los daños causados. Visintini, *Tratado de la Responsabilidad Civil*, 978.

responsabilidad, que se invoque y se pruebe la diligencia<sup>33</sup>. Sin embargo, el proceso de la responsabilidad civil ha sido lento, pero seguro, hacia el afianzamiento del supuesto de la responsabilidad objetiva por riesgo, conforme ha acontecido en otras experiencias jurídicas. En otros casos, como el colombiano, la jurisprudencia parece persistir en su fe en la tradición subjetivista de la responsabilidad para recurrir a toda presunción que sea necesaria, a fin de no apartarse de alguna referencia a la culpa como fundamento de imputación, aun en los casos de actividades riesgosas. Sin embargo, cabe indagar, al respecto, si la jurisprudencia colombiana se mantiene realmente en una línea subjetivista, o si solo adopta la nomenclatura de la culpa para resolver en el fondo con una vocación objetiva de la responsabilidad, y, en tal sentido, se trataría en los hechos de la aplicación de una presunción de responsabilidad.

Sabido es que en los supuestos de la responsabilidad por culpa, el sujeto que realiza una determinada actividad controla su conducta, y, precisamente, una falla en el control, sea de pericia, de prudencia o de diligencia, podrá acarrear como resultado un evento dañoso que le será imputable a título de culpa<sup>34</sup>. La nota característica en todos los casos de imputación subjetiva reside en la posibilidad de controlar la conducta, lo que está ausente en las actividades riesgosas<sup>35</sup>, situación que no tiene lugar, generalmente, en los casos de las actividades riesgosas; es decir, una relación entre controles y cuidados y producción del daño, lo cual explica que, respecto a ciertas actividades, toda diligencia quede fuera de la determinación de la responsabilidad civil, la misma que se establece en virtud del criterio de imputación objetivo.

<sup>33</sup> En este sentido, ha señalado Alessandri que "la responsabilidad objetiva prescinde en absoluto de la conducta del sujeto, de su culpabilidad; en ella se atiende única y exclusivamente al daño producido". Arturo Alessandri Rodríguez, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil* (Santiago de Chile: Imprenta Universal, 1981), 92. Juan Camilo Noreña, *Derecho Civil: La teoría del riesgo*. [www.uniderecho.com/leer\\_tarea\\_Derecho-Civil\\_11\\_1066.html](http://www.uniderecho.com/leer_tarea_Derecho-Civil_11_1066.html)

<sup>34</sup> Cesare Salvi, *Responsabilità extracontrattuale (diritto vigente)*. Enciclopedia del Diritto, vol. XXXIX, (Milán: Giuffrè, 1988), 1219-20.

<sup>35</sup> Una perspectiva tradicional de la responsabilidad civil, generalmente adoptada en los enunciados generales de los códigos civiles, empero distante de cuanto fluye de las reglas operativas de la jurisprudencia, Adriano De Cupis, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile* (Milán: Giuffrè, 1980), 206. Una lectura actualizada del vigente sistema de imputación de responsabilidad que rescata el principio o regla general de la imputación por culpa, sin desconocer la bipolaridad, Francesco Busnelli, "Nuove frontiere della responsabilità civile", *Jus*, N.º 23 (1976): 41-79.

### *Actividad riesgosa y el recurso a las presunciones en la jurisprudencia colombiana*

De acuerdo con lo ya señalado en cuanto a los elementos de juicio que emergen de la jurisprudencia para catalogar una determinada actividad como riesgosa, se hace referencia a la “potencialidad dañosa” de dicha actividad<sup>36</sup>.

Dicha potencialidad dañosa ha determinado a los jueces a recurrir, para el juicio de responsabilidad, a las llamadas presunciones de culpa; en especial, por parte de los partidarios de las tesis subjetivistas de la responsabilidad, lo que ha constituido una especie de respuesta a los planteamientos de las tesis de la responsabilidad objetiva por riesgo, y, a la vez, ha conducido a un ablandamiento del rigor de la imputación por culpa, en el sentido de mejorar la situación probatoria de la víctima del daño. En efecto, con el recurso a las presunciones de culpa se ha logrado, por una parte, descargar a la víctima de la prueba de la culpa del causante del daño, ya que esta se presume y pesa sobre el demandado el deber de probar la ausencia de culpa o la ruptura causal para liberarse de la responsabilidad<sup>37</sup>. Por otra parte, en los casos en que la jurisprudencia se ha referido a una llamada presunción irrefragable o irrefutable de culpa, se invierte la carga de la prueba de la culpa y el demandado solo puede liberarse de responsabilidad probando la ruptura causal, sin poder alegar ni probar la ausencia de culpa a través de la prueba de la diligencia debida, toda vez que solo se admite como prueba liberatoria la ruptura causal. Si bien la jurisprudencia se expresa en términos de culpa en casos a los que se ha aplicado dicha presunción, lo cierto es que, en el fondo, este tipo de presunciones corresponde a lo que la doctrina y la jurisprudencia han considerado las presunciones de responsabilidad, solo que, para seguir respetuosos al llamado de las tesis subjetivistas, se opta en varios casos por el *nomen* de “presunción irrefragable de culpa”<sup>38</sup>. Dichas presunciones han permitido a las víctimas de

<sup>36</sup> Véase Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 14 de marzo de 2000. M.P. Manuel Ardila Velásquez.

<sup>37</sup> La doctrina se ha referido a la prueba de la culpa como una “prueba diabólica”. Alberto Spota, “Responsabilidad objetiva y responsabilidad presumida: Cuestión en la Locación de Obra”, *Revista del derecho comercial y de las obligaciones*, N.º 49-54 (1976): 66.

<sup>38</sup> Fabricio Mantilla, “El principio general de responsabilidad por culpa del derecho privado colombiano”, *Opinión Jurídica*, vol. 6, N.º 11 (2007): 136.

daños por actividades riesgosas tener éxito en sus pretensiones, considerando que la carga de la prueba de la culpa era sumamente onerosa<sup>39</sup>.

Atendiendo a la importancia que ha tenido el recurso a las presunciones en la responsabilidad civil, lo cual se puede apreciar en la jurisprudencia colombiana respecto a la imputación por actividades riesgosas, se ha considerado pertinente dedicar a su estudio un capítulo en este libro, que abordará el tema con la perspectiva procesal, examen que aportará claridad sobre el reiterado recurso a las presunciones en el área de la responsabilidad por riesgo en Colombia, al mismo tiempo que permitirá entender su vigencia dentro del marco de la institución objeto de análisis. Por su parte, el presente capítulo se aboca a la manera como la jurisprudencia colombiana recurre a dichas presunciones para aportar soluciones a los casos de la responsabilidad por riesgo.

Autonomía del supuesto de responsabilidad por riesgo y la construcción de un régimen especial: presunción de responsabilidad y la “extraordinaria peligrosidad”

Precisamente, en el sentido de destacar la autonomía del supuesto de responsabilidad previsto en el citado artículo 2356, en relación con el supuesto de la responsabilidad por culpa del artículo 2341 del Código Civil, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 14 de marzo de 1938<sup>40</sup> constituye un hito, por establecer la tesis de la responsabilidad objetiva para los casos de actividades riesgosas dentro del marco del artículo 2356 del Código Civil, y precisó, entre otros aspectos, que el citado artículo 2356 “[...] mal puede reputarse como repetición de aquél [...]”, refiriéndose a la cláusula general de responsabilidad por culpa.

La sentencia recayó sobre un caso de accidente vehicular. La víctima iba en bicicleta y fue atropellada por un automóvil; al pasarle este por encima, con la rueda derecha le ocasionó la muerte. La corte destacó los ejemplos de situaciones de riesgo que se encuentran enunciadas en el citado artículo 2356, para afirmar en el caso la aplicación de la teoría del riesgo, en cuya virtud, “[...] al que lo crea se le tiene por responsable, mira principalmente a ciertas actividades por los

<sup>39</sup> En este sentido: Gilberto Martínez Rave y Catalina Martínez Tamayo, *Responsabilidad civil extracontractual* (Bogotá: Temis, 2003).

<sup>40</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 14 de marzo de 1938, Sala de Casación Civil. M.P. Juan Francisco Mujica. *Gaceta Judicial* T. XLVI, N.º 1934.



peligros que implican, inevitablemente anexos a ellas y miran a la dificultad, que suele llegar a la imposibilidad, de levantar las respectivas probanzas los damnificados por los hechos ocurridos en razón o con motivo o con ocasión de ejercicio de esas actividades [...]”. Citó, entre los bienes o las actividades comprendidas por la norma en referencia, un depósito de sustancias inflamables, una fábrica de explosivos, un ferrocarril o un automóvil, a los cuales calificó de “extraordinaria peligrosidad”, y de los que, generalmente, los particulares no pueden escapar con su sola prudencia. En esta tónica, la sentencia precisa que “de ahí que los daños de esa clase se presuman causados por el agente respectivo [...] y de ahí también que el agente o autor no se exonere de la indemnización [...] sino cuando demuestre caso fortuito, fuerza mayor o intervención de un elemento extraño”<sup>41</sup>.

En otras palabras, la sentencia reconoció que el mencionado artículo 2356 contiene una presunción de responsabilidad, de la cual se desprende que la carga de la prueba no la tiene la víctima, sino quien causó el daño; por tanto, este último debe aportar la prueba de la ruptura causal para liberarse de responsabilidad.

De esta manera, se reconoce la presencia de un régimen especial de responsabilidad en relación con el principio general de la responsabilidad por culpa, en el cual se tiene al riesgo como criterio de imputación que da lugar a una presunción de responsabilidad<sup>42</sup> una vez probados el daño y la relación causal. Lo que, en cambio, no se comprende en la sentencia es el sentido que atribuye al deber jurídico de cuidado y diligencia que pesa sobre el agente responsable, toda vez que su valoración no viene al caso para determinar la responsabilidad objetiva por riesgo; en cambio, sí debe ser considerado en un momento *ex ante*, por quien desarrolla este tipo de actividades, precisamente, para evitar que sucedan, y con tal fin, el sujeto que las ejercita debe, naturalmente, controlar los procesos de la actividad, e, incluso, protegerse a través de la contratación de seguros o de medidas que puedan hacer frente a las indemnizaciones una vez ocurrido el daño derivado de la actividad riesgosa.

<sup>41</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 14 de marzo de 1938, Sala de Casación Civil. M.P. Juan Francisco Mujica, *Gaceta Judicial*, T. XLVI, N.º 1934.

<sup>42</sup> En este mismo sentido se encuentra la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 18 de abril de 1939, *Gaceta Judicial* XLVIII, 165. Así también, véase la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 14 de febrero de 1955, *Gaceta Judicial* LXXIX, 479-84.

La sugerencia que parece desprenderse de la sentencia bajo examen es que el artículo 2356 contiene en su base una obligación de custodia sobre el guardián de la cosa<sup>43</sup>, lo cual debe descartarse, toda vez que el desenlace de la solución del caso a favor de la indemnización indica que basta el carácter riesgoso de la actividad generadora del daño para haber dado lugar a la presunción de responsabilidad, sin admitir como prueba en contrario el hecho de haber obrado con cuidado o diligencia.

A la luz de una lectura moderna del artículo 2356, y atendiendo a las exigencias de la vida contemporánea del uso y el desarrollo de las actividades riesgosas, pues son imprescindibles para el normal desenvolvimiento de las actividades humanas, no corresponde recurrir a los planteamientos subjetivistas, como el considerar que la norma contiene un deber de custodia a cargo del guardián de la cosa, un deber de diligencia a su cargo, lo cual trastocaría la esencia de la responsabilidad objetiva por riesgo. En parte, parece haberlo entendido así la Corte en 1938, a pesar de la insoslayable y comprensible remisión a la referida obligación de cuidado, atendiendo a la época en que se dicta la sentencia y el lugar central de la culpa como único fundamento de imputación de responsabilidad.

En esta misma línea de sostener la existencia de una presunción de responsabilidad se ubica la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 24 de junio de 1942<sup>44</sup>, pronunciada en un caso en el que un trabajador del Municipio de Medellín se cayó de un andamio desde una altura considerable, lo cual le ocasionó la muerte. El demandado no pudo demostrar ninguno de los fundamentos de ruptura causal, y, por tanto, fue declarado responsable.

A la mencionada sentencia hito de 1938, le sucedieron varias décadas, a lo largo de las cuales la jurisprudencia se apartó de la tesis de la responsabilidad objetiva por riesgo y optó por una posición que plantea soluciones indemnizatorias a la víctima de daños generados por actividades peligrosas, articulada

<sup>43</sup> Como se señaló en una de las notas iniciales del capítulo, a partir de Josserand se relaciona la responsabilidad objetiva con la responsabilidad por los daños causados por las cosas en Francia; en lo demás, permanece vigente la doctrina de la responsabilidad por culpa. Geneviève Viney, *Traité de Droit Civil sous la direction de Jacques Ghestin. Introduction a la responsabilité*. 2e édition. (Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1995), 84.

<sup>44</sup> Corte Suprema de Justicia, sentencia del 24 de junio de 1942. M.P. Liborio Escallón. Reconoce también una presunción de responsabilidad en el artículo 2356 del Código Civil, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 14 de febrero de 1955, *Gaceta Judicial* LXXIX, 479-84.

con base en una llamada *presunción de culpa* o *culpa presunta*, como se puede apreciar en el siguiente apartado del presente capítulo.

Sin embargo, en 2009, la Corte Suprema de Justicia retoma en su argumentación: la tesis de la responsabilidad objetiva por riesgo, para la cual la prueba del daño y la relación causal generan una presunción de responsabilidad sobre quien ejerce dicha actividad, y ante ello solo le queda al demandado la prueba de la ruptura causal para liberarse de responsabilidad. La sentencia del 24 de agosto de 2009<sup>45</sup> constituye un hito jurisprudencial que destaca por la claridad con la que se asume posición frente al problema de la indemnización de daños derivados de actividades riesgosas.

El pronunciamiento recae en un caso de colisión de vehículos, de donde resulta la pérdida de uno de ellos. La corte afirma la tesis según la cual el riesgo o el peligro que representan la actividad desplegada por quien causa un daño son suficientes para activar el deber de reparar. De esta manera, se descarta el recurso a toda clase de presunción, sea de culpa o de responsabilidad. En otras palabras, esta sentencia intentó romper la cadena de presunciones de culpa que hasta el momento servía de anclaje a la jurisprudencia colombiana para permanecer en una imputación subjetiva apoyada en una “presunción irrefragable de culpa”, sin admitir la prueba de la ausencia de culpa, sino solo la ruptura causal para fines de exoneración de responsabilidad.

La sentencia de 2009 se destaca por declarar, sin atavíos subjetivistas, la tesis de la responsabilidad objetiva por riesgo que abriga el artículo 2356 del Código Civil. El riesgo de la actividad o del bien utilizado en la generación del daño constituye, para esta tesis, el criterio de imputación de responsabilidad. Sin embargo, puede plantearse una observación a la posición de la corte, toda vez que la presunción de responsabilidad surge naturalmente en estos casos con la actuación de un criterio de imputación objetivo, como es el riesgo, en el sentido de que, probados el daño y la relación causal, se presume la responsabilidad, la misma que se desvirtúa con la prueba de una ruptura causal. De esta manera, al operar una presunción de responsabilidad<sup>46</sup>, el demandado solo podrá liberarse de esta con el concurso exclusivo de la causa extraña, que podrá consistir en la fuerza

<sup>45</sup> Corte Suprema de Justicia, sentencia del 24 de agosto de 2009. M.P. William Namén Vargas.

<sup>46</sup> Explica que la presunción legal de culpa en las actividades riesgosas evolucionó a una presunción de responsabilidad: Obdulio Velásquez, *Responsabilidad civil extracontractual*, 2ª. Ed. (Bogotá: Temis, 2013), 561.

mayor, en un caso fortuito o en la intervención de un elemento no imputable al demandado.

La sentencia parece retomar una línea de afirmación de la responsabilidad objetiva por riesgo que pone en una mejor situación a la víctima de los daños en términos de la carga de la prueba, sentido que se observó con claridad en la sentencia de la corte del 14 de marzo de 1938<sup>47</sup>, la misma que le sirve de apoyo a la corte para su decisión, y aunque esta incurrió en serias contradicciones en la argumentación, su desenlace fue favorable a la víctima, al disponer la responsabilidad sobre quien realiza la actividad riesgosa generadora del daño. Una diferencia que salta a la luz entre la sentencia de 2009 y la de 1938 es que la de 2009 prescinde de toda referencia o apoyo en las presunciones, y muestra una preferencia por declarar abiertamente la imputación objetiva por el riesgo de la actividad generadora del daño.

El planteamiento de la sentencia de 2009 constituye *per se* un paso a favor de la afirmación de la responsabilidad objetiva por riesgo de la actividad; sin embargo, lo que parecía haber sido un avance en el posicionamiento claro de la responsabilidad objetiva en la interpretación jurisprudencial del artículo 2356 del Código Civil terminó por representar no más que una ráfaga de luz argumentativa en medio de los vaivenes jurisprudenciales de la responsabilidad por actividades riesgosas que le sucedieron, y los cuales retomaron el curso de la presunción de culpa —irrefragable, si se quiere—, como lo evidencia la sentencia del 26 de agosto de 2010<sup>48</sup>, entre otras, y que se examinará más adelante.

Riesgos previsibles y riesgos imprevisibles: la aplicación de la presunción de culpa/ responsabilidad

Tal ha sido, y aún lo es, el peso de la tradición subjetiva de la responsabilidad que la jurisprudencia colombiana retoma la línea de la imputación por culpa para las actividades riesgosas, mas no lo hace a la luz del tradicional supuesto normativo del 2341 del Código Civil, sino que, manteniéndose dentro del marco del artículo 2356 del mismo código, referido a las actividades riesgosas, recurre a la

<sup>47</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 14 de marzo de 1938, Sala de Casación Civil. M.P. Juan Francisco Mujica, *Gaceta Judicial* T. XLVI, N.º 1934.

<sup>48</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 26 de agosto de 2010. M.P. Ruth Marina Díaz Rueda.

presunción de culpa para los casos de daños derivados de un *riesgo previsible*; así lo califica en esta oportunidad. En ese sentido lo entendió la corte en la sentencia del 5 de abril de 1962<sup>49</sup>, en un caso de daños ocasionados a un inmueble por la construcción de un edificio vecino. De esta manera, la jurisprudencia introduce una variable a la responsabilidad objetiva por riesgo contemplada en el artículo 2356 del Código Civil, y si bien en 1938 había reconocido la imputación objetiva por riesgo, esta vez la corte incorpora un nuevo elemento de juicio para la imputación por riesgo dentro del marco de dicha normativa, consistente en los *riesgos preVISIBLES*, noción que aparece en esta sentencia, y para lo cual se recurre a una presunción de culpa sobre quien ejerce la actividad que causó el daño. En efecto, la corte considera la construcción una actividad técnica, y como las actividades relacionadas con las matemáticas han logrado un gran avance, debido a lo cual “[...] hay siempre la posibilidad de prever y prevenir las consecuencias perjudiciales que de la obra se puedan derivar, de manera que cuando se trata de trabajos de tal naturaleza, los daños por ellos producidos se deben presumir causados por una falta *in agendo* o *in abstinendo* imputable a la persona por cuya cuenta la obra se efectúa”.

Precisamente, se desprende de la mencionada sentencia que la edificación moderna es una actividad socialmente útil, pero, al mismo tiempo, de naturaleza peligrosa, y respecto a la cual “[...] la comprobación del daño por lo común esclarece también su causa eficiente, y la culpa del autor de la nueva obra se presume de conformidad con el artículo 2356 del Código Civil”. Sin embargo, llama la atención que al haber contemplado la corte una presunción de culpa en quien realizó la actividad riesgosa, al mismo tiempo precise que “[...] salvo prueba de culpa exclusiva de la víctima, de intervención de elemento extraño, o de fuerza mayor, surgen las condiciones de la acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual o aquiliana, en que el sujeto al pago de la indemnización ha de ser, ante todo, el autor directo del daño”.

<sup>49</sup> Corte Suprema de Justicia, sentencia del 5 de abril de 1962. *Gaceta Judicial*, N.º 2253-2254, 342. M.P. José Hernández Arbeláez. Sobre la categoría de los llamados riesgos imprevisibles se puede tener un ejemplo en aquellos que se producen a pesar de todos los cuidados adoptados, en este sentido véase, Olenka Woolcott, Tania Vivas y Tary Cuyana Garzón, *El problema de las transfusiones de sangre y la transmisión del VIH. Realidad y respuestas del Derecho para la protección del paciente* (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2017); Olenka Woolcott, “La indemnización de las víctimas de riesgos médicos allende los límites tradicionales de la responsabilidad civil”, *Revista Criminalidad*, vol. 57, N.º 1 (2015): 61-74.

Como se puede apreciar, las mencionadas causales de exclusión de la responsabilidad a las que alude la Corte no incluyen la prueba de la ausencia de culpa, en razón de lo cual la presunción de culpa consistiría en una denominada *presunción irrefutable de culpa*<sup>50</sup>, en el sentido de no admitir la prueba de la diligencia debida para exonerarse de responsabilidad, razonamiento que contradice la esencia de la presunción de culpa y de consecuencia: se estaría, en realidad, frente a una máscara de culpa con un contenido de responsabilidad objetiva por riesgo, lo que, en los hechos, aplica la corte en la sentencia bajo examen.

Sobre esta dicotomía en el plano de la liberación de responsabilidad que despierta el supuesto de la responsabilidad por riesgo, vale la pena dirigir la mirada a cuanto se ha propuesto al respecto en el derecho italiano, como bien se tendrá la oportunidad de examinar en el presente libro, y respecto a lo cual, se puede señalar, por el momento, que la situación difiere de la postura asumida por el derecho colombiano, fundamentalmente, si se parte de la perspectiva formal del texto normativo correspondiente al supuesto de responsabilidad que atrae la atención en el presente estudio.

En efecto, el Código Civil italiano dispone de una hipótesis de responsabilidad objetiva por riesgo en el artículo 2050 CC, por el cual quien causa daño en el desarrollo de una actividad peligrosa está obligado al resarcimiento, “si no prueba haber adoptado todas las medidas idóneas a evitar el daño”. El tenor de la norma italiana ha permitido calificarla de responsabilidad objetiva intermedia, respecto a la responsabilidad objetiva, que encuentra su único límite en la ruptura causal. La mencionada norma contiene en su texto la posibilidad de que el demandado se libere de responsabilidad probando también la ausencia de culpa; es decir, probando haber adoptado todas las medidas que la técnica ofrece para la reducción del peligro. Sin embargo, en los hechos —o sea, conforme se revela en la casuística jurisprudencial—, se evidencia que el demandado por daños derivados de actividad riesgosa solo se exonera con la prueba de alguna ruptura causal. En este sentido, la doctrina italiana señala que la norma implica que se ha querido renunciar a sancionar las negligencias que bien pueden haberse dado en concreto,

<sup>50</sup> Se ha referido a las presunciones irrefutables de culpa Christian Larroumet, *Derecho Civil. Introducción al estudio del derecho privado* (Bogotá: Legis-Universidad del Rosario, 2006), 388. Véase también, Fabricio Mantilla Espinosa, “La norma de indemnización de perjuicios causados por las actividades peligrosas (art. 2356 Código Civil Colombiano)”, *Opinión Jurídica*, vol. 3, N.º 6 (2004): 101-24.

•Hacia una reconstrucción de la responsabilidad objetiva por riesgo...•

y al ser, en la mayor parte de los casos, debidas a los dependientes, y no al titular de la actividad; más bien, se ha querido fundar una responsabilidad que vincule el riesgo introducido y la utilidad conseguida<sup>51</sup>.

La presunción de culpa con efectos de presunción de responsabilidad, o presunción rotunda

La jurisprudencia es reiterativa al invocar la presunción de culpa en la aplicación del artículo 2356 del Código Civil, o en señalar que la referida norma la contiene; sin embargo, en la argumentación, solo se admite que para exonerarse de responsabilidad cabe exclusivamente la prueba de una ruptura causal —es decir, cualquiera de las causales de liberación que son propias de los supuestos de responsabilidad objetiva, sea el caso fortuito, la fuerza mayor, el hecho de la víctima o el hecho de un tercero—.

En esta línea se pueden ubicar gran parte de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia. Así, por lo general, los casos de accidentes de tránsito por colisión de vehículos evidencian esta posición. A propósito, se puede citar la sentencia del 4 de junio de 1992 recaída en un caso de colisión de una camioneta perteneciente a una empresa contra un vehículo cuya conductora falleció como consecuencia del accidente. La corte ha establecido que “[...] cuando el daño tiene origen en una actividad susceptible de ser considerada como peligrosa, apoyándose en el artículo 2356 del Código Civil, la jurisprudencia ha implantado un régimen conceptual y probatorio cuya misión no es otra que la de favorecer a las víctimas de ciertos accidentes en que el hombre, utilizando en sus propias labores fuerzas de las que no puede tener siempre absoluto control [...], de hecho había colocado a los demás asociados bajo el riesgo inminente de recibir lesión aunque la actividad de la que se trate, caracterizada entonces por su peligrosidad, se llevara a cabo con pericia y observando toda la diligencia que ella exige”<sup>52</sup>.

Luego, en la misma sentencia se pone de relieve que la doctrina jurisprudencial ha deducido “[...] que existe una presunción de culpa en quienes se

<sup>51</sup> Véase la propuesta dogmática de Pietro Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva* (Milán: Giuffrè, 1961), 48, 275. En esta línea, también Demetrio De Martini, “Responsabilità per danni da attività pericolosa e responsabilità per danni nell’esercizio di attività pericolosa”. *Giurisprudenza Italiana*, vol. 2 (1973): 963-90.

<sup>52</sup> Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 4 de junio de 1992. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss, *Gaceta Judicial* CCXVI-395, 10.

dedican al ejercicio de actividades peligrosas [...]”. Reafirma la sentencia que dicha responsabilidad descansa en la existencia de culpa del demandado, aunque esta sea presunta, y admite su exculpación demostrando que el daño ocurrió por una fractura causal. Como se puede apreciar, se mantiene la línea de sostener declaradamente la existencia de una presunción de culpa que no admite la prueba de la ausencia de culpa para la liberación de responsabilidad, lo que se traduce, en esencia, en una presunción de responsabilidad.

Por otro lado, destaca la aplicación extensiva de la referida presunción de responsabilidad al abrigo del mencionado artículo 2356 a la persona jurídica de la cual depende el conductor que con su vehículo causó el daño, bajo el argumento de que, si bien le es aplicable la responsabilidad por hecho del dependiente, lo alcanza también la presunción de culpa, debido a su condición de “guardián de la actividad”, refiriéndose con dicha expresión a quienes en ese ámbito tengan un poder efectivo de uso, control o aprovechamiento respecto al artefacto mediante el cual se realiza dicha actividad. En este sentido, dice la Corte, “[...] se extiende inexorablemente respecto de todos aquellos a quienes pueda tenérseles como responsables de la actividad en cuyo desarrollo se produjo el evento causante del daño [...]”<sup>53</sup>.

La presunción de culpa en los daños generados por la electricidad —riesgo especial—

En indiscutible que la electricidad es un bien riesgoso<sup>54</sup> por propia naturaleza, que su potencialidad dañosa es elevada, toda vez que su funcionamiento es una fuente o un motor para el movimiento de la industria, de maquinaria, de aparatos, y su generación, su transformación, su transmisión y su distribución, en todo lo cual se refleja su elevada potencialidad dañosa<sup>55</sup>.

<sup>53</sup> Ibid., 14.

<sup>54</sup> La calidad de peligrosa de la electricidad fue reconocida en la jurisprudencia colombiana en la sentencia del 16 de marzo de 1945, al referir que la electricidad “es una de aquellas en que opera la consecuencia probatoria práctica de hacer comparecer a dicho demandado en situación de culpabilidad presunta, de forma tal que le basta al actor demostrar que el perjuicio se causó por motivo de la generación, transformación, transmisión y distribución de energía eléctrica, para que el responsable de esos quehaceres quede bajo el peso de la ameritada presunción legal”. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 16 de marzo de 1945. *Gaceta Judicial* LVIII, 668. En el caso, la corte se vale del recurso de la culpabilidad presunta.

<sup>55</sup> La Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 23 de junio de 2005 precisó que “generar, conducir y distribuir energía eléctrica son actividades que la jurisprudencia ha calificado como peligrosas”. Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 23 de junio de 2005. M.P. Edgardo Villamil Portilla.



A pesar de las características anotadas, y que, de una u otra manera, son asumidas por la jurisprudencia, no fluye de esta última una posición clara que determine la existencia de una responsabilidad objetiva por riesgo. En efecto, predomina el recurso a la presunción irrefragable de culpa, con la cual se supera, en parte, un enfoque inicial que perseveró en la aplicación de una responsabilidad por culpa aun en estos casos<sup>56</sup>.

En tal sentido, la sentencia de casación del 8 de octubre de 1992<sup>57</sup> se pronunció en el caso de un menor, víctima de un cable electrificado de la empresa que provee de energía a la zona del accidente, y a quien, luego de pisarlo, le produce la muerte. La corte destaca que el manejo de energía es una actividad riesgosa, razón por la cual la culpa se presume en quien ejecuta dicha actividad, y el hecho de que la actividad tenga la calidad de riesgosa determina involucrar como responsable a la entidad que materialmente realizó los trabajos, así como a la entidad que es propietaria de todas las redes eléctricas del departamento, tal como acotó la corte. Al respecto, precisó la sentencia que “aún cuando la electricidad es uno de los puntales del progreso humano y motor por excelencia de asombrosos avances tecnológicos, inevitable es reconocer que se trata al propio tiempo de un elemento cuyo aprovechamiento implica riesgos especiales para las personas...”, donde la actividad se caracteriza por su peligrosidad.

De los argumentos expuestos, se puede desprender que de la sola titularidad de un bien riesgoso, como es la electricidad, deriva la presunción de culpa sobre la empresa titular de la actividad del servicio de venta y distribución de energía eléctrica, aunque haya sido otro el sujeto que manipuló el cableado, tal como aconteció en el caso y con autorización de la empresa electrificadora. Vale destacar que la sentencia atribuye al artículo 2356 del Código Civil el alcance de contener una presunción de culpabilidad, lo que da lugar a un régimen especial

<sup>56</sup> La referencia al enfoque inicial que tuvo la jurisprudencia frente a los daños derivados de la energía eléctrica se realiza con base en los argumentos de la sentencia del 28 de febrero de 1956, recaída en un caso de electrocución y carbonización de la víctima con una línea eléctrica caída y que está conectada con una cerca de alambre por el piso, en inmediaciones de la casa de la víctima, “[...] lo cual bastaría para afirmar la culpa de la entidad demandada sin recurrir a la presunción que se aplica cuando se trata de actividades denominadas peligrosas”. Ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de febrero de 1956. M.P. Agustín Gómez Prada, *Gaceta Judicial* N.º 2163-2164, 98.

<sup>57</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 8 de octubre de 1992. Exp. 3446. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. *Gaceta Judicial* (2017): 670. En esta sentencia se reconoce que la electricidad es uno de los puntales del progreso humano y motor por excelencia de asombrosos avances tecnológicos.

de responsabilidad para los daños que derivan de la ejecución de una actividad riesgosa, presunción que solo se desvirtúa con la prueba de la culpa de la víctima, fuerza mayor, caso fortuito o intervención de un tercero.

La sentencia se refiere a la electricidad como generadora de “riesgos especiales”, y con ello se mantiene en la tónica de lo sentenciado en otras ocasiones para los denominados “riesgos previsibles”<sup>58</sup>; es decir, se apoya en una presunción de culpa para descargar a la víctima de la prueba de este elemento subjetivo y aceptar solo la ruptura causal como fundamento para liberar de responsabilidad. Ante ello, se puede observar que si se está ante un riesgo de particular magnitud e importancia, susceptible de desencadenar accidentes, como en el caso, correspondería proveer a las víctimas una solución indemnizatoria nítida desde la responsabilidad objetiva, sin tener que recurrir a una valoración subjetiva de la conducta del responsable.

Algunos años después de la sentencia de 1992, se dictó la sentencia del 26 de agosto de 2010<sup>59</sup>, recaída también en un caso de electrocución. La víctima se encontraba en una finca cercada con alambres que transmitían electricidad. Cabe destacar que si bien la sentencia recae en un caso de actividad riesgosa, fue posterior a la sentencia de 24 de agosto de 2009<sup>60</sup>, sobre un caso de colisión de vehículos, cuyo mérito fue interpretar la norma del artículo 2356 del Código Civil en el sentido de una responsabilidad objetiva por riesgo.

La citada sentencia de 2010 representó un viraje al estado anterior al pronunciamiento de la sentencia del 24 de agosto de 2009, a la que se pudo considerar un paso determinante hacia la responsabilidad objetiva por riesgo. En otras palabras, la sentencia de 2010 recuperó la aplicación de la presunción de culpa para fines de una imputación de responsabilidad por actividades riesgosas, y en este sentido precisó que “la Corporación de modo reiterado tiene adoptado como criterio hermenéutico el de encuadrar el ejercicio de las actividades peligrosas bajo el alero de la llamada presunción de culpabilidad en cabeza de su ejecutor o del que legalmente es su titular, en condición de guardián jurídico de la cosa,

<sup>58</sup> Véase Corte Suprema de Justicia, sentencia del 5 de abril de 1962, *Gaceta Judicial*, Números 2253-2254, 342. M.P. José Hernández Arbeláez.

<sup>59</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 26 de agosto de 2010. M.P. Ruth Marina Díaz Rueda. Aclaración de voto de William Namén Vargas, 45-63.

<sup>60</sup> Corte Suprema de Justicia, sentencia del 24 de agosto de 2009. M.P. William Namén Vargas.

escenario en el que se protege a la víctima relevándola de demostrar quién tuvo la responsabilidad en el hecho causante del daño padecido y cuyo resarcimiento reclama por la vía judicial, circunstancia que se explica de la situación que se desprende de la carga que la sociedad le impone a la persona que se beneficia o se lucra de ella y no por el riesgo que se crea con su empleo. El ofendido únicamente tiene el deber de acreditar la configuración o existencia del daño y la relación de causalidad entre éste y la conducta del autor, pudiéndose exonerar solamente con la demostración de la ocurrencia de caso fortuito o fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o la intervención de un tercero”<sup>61</sup>.

La corte ha señalado que la interpretación judicial de la sala, referida a la presunción de culpa, “emana del texto mismo del artículo 2356 del Código Civil cuando dispone que ‘por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta’, lo que significa sin lugar a dudas que los calificativos de la conducta del actor enmarcan dentro del sentido más amplio de lo que debe entenderse por el accionar culposo de una determinada persona en su vida social y en las relaciones con sus semejantes cuando excediendo sus derechos y prerrogativas en el uso de sus bienes o las fuerzas de la naturaleza causa menoscabo en otras personas o en el patrimonio de éstas”<sup>62</sup>. En esta línea, la corte niega que sea el daño producido o el riesgo que se origina por una conducta calificada como actividad peligrosa lo que es fuente de la responsabilidad; en cambio, afirma que es la “presunción rotunda de haber obrado en el ejercicio de un comportamiento de dichas características con malicia, negligencia, desatención incuria, esto es, con la imprevisión que comporta de por sí la culpa”<sup>63</sup>.

Si bien la corte en el presente caso es enfática en destacar que no fue voluntad del legislador dejar por fuera la culpa en la responsabilidad por actividades peligrosas, y que, más bien, ese elemento está ínsito en la norma, al mismo tiempo reconoce que la misma norma del Código Civil es clara e inequívoca en determinar que la causa de la indemnización descansa en la actividad peligrosa, como la conducción de energía eléctrica.

<sup>61</sup> Ibid., 14.

<sup>62</sup> Ibid., 16.

<sup>63</sup> Ibid.

Conforme se puede desprender del recorrido jurisprudencial que constituye la realidad aplicativa de la norma en cuestión, el recurso a una llamada presunción rotunda o irrefragable de culpa solo constituye una ficción de culpa para servir de fundamento en el *nomen* a la imputación de responsabilidad<sup>64</sup>, pero, en el fondo, existe un pronunciamiento a favor de la víctima del daño. En efecto, se trata de una responsabilidad objetiva con el ropaje de una presunción irrefragable o absoluta de culpa; en otras palabras, el pronunciamiento, en realidad, apunta hacia una responsabilidad objetiva, conforme se desprende de las precisiones que hacen las sentencias para indicar que solo cabe liberarse de responsabilidad con la prueba de una ruptura causal.

La crítica que se plantea en el párrafo precedente encuentra apoyo en el voto aclaratorio del magistrado Namén Vargas, formulado a la misma sentencia de 2010. En tal sentido, Vargas cuestiona la postura asumida por el criterio mayoritario de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en torno al tratamiento de la responsabilidad civil por actividades peligrosas, y, específicamente, en lo referente a la tesis de la culpa presunta. El magistrado se aparta de dicha la tesis por la cual la presunción de culpa está ínsita en la norma del artículo 2356 del Código Civil, y destacó que los cambios que afronta la sociedad deben reflejarse armónicamente en el ordenamiento jurídico. En efecto, el derecho integra el elemento sociológico que es la vida humana, y es tan importante que impacta directamente en la aplicación de la norma positiva<sup>65</sup>. De esta manera, Vargas considera que “la supuesta presunción de culpa por el mero ejercicio de una actividad peligrosa, carece de todo fundamento lógico y normativo”<sup>66</sup>, y de esta manera concluye que la mencionada norma contiene un supuesto de responsabilidad objetiva por riesgo, como es el caso de la electricidad, respecto a la cual la presunción de culpa “no parece convincente, máxime si la actual tendencia universal es la responsabilidad objetiva”.

<sup>64</sup> En el sentido de considerar un mito que la culpa sea el presupuesto esencial de la responsabilidad, como igual de perjudiciosas son las razones de carácter moralista o lógico que se aducen en su apoyo: Renato Scognamiglio, *Responsabilità civile. Scritti giuridici, Scritti di diritto civile* (Padua: Antonio Milani, 1996), 325.

<sup>65</sup> El derecho está integrado por conducta humana, normas y valores. Carlos Fernández Sessarego, *Derecho y Persona* (Buenos Aires: Astrea, 2015); Miguel Reale, *La teoría tridimensional del derecho* (Valparaíso: Edeval, 1978).

<sup>66</sup> Corte Suprema de Justicia, sentencia del 24 de agosto de 2009. M.P. William Namén Vargas, 51.

Con posterioridad, en 2014, la Corte Suprema de Justicia se pronuncia en otros casos de daños generados por la electricidad. Se persiste en la línea de sostener una imputación por culpa presunta debido a la actividad riesgosa, respecto a la cual la parte demandada solo se libera de responsabilidad con la prueba de la ruptura causal, y donde no es dable excusarse ni exonerarse con la probanza de una conducta diligente<sup>67</sup>.

Así, en un caso resuelto por la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 28 de abril de 2014, la víctima, al pasar muy cerca de una grúa con la cual trabajadores de una empresa de servicios eléctricos llevaban a cabo labores de traslado de lugar de un poste eléctrico que servía de soporte a las redes de conducción de energía eléctrica, sufrió los efectos de una descarga eléctrica que le produjo la muerte. La corte, apoyándose en jurisprudencia reiterada, destaca que se trata de un caso de actividad riesgosa que da lugar a una presunción de culpa sin posibilidad de invocar para la defensa el hecho de haber obrado con la debida diligencia, toda vez que solo cabe para los fines liberadores de la responsabilidad la prueba de la ruptura causal, que no se dio en el caso.

En otro caso, consistente en la caída de un cable de alta tensión de las redes pertenecientes a una finca, lo cual ocasionó un incendio en la propiedad de la demandante, la corte dictó la sentencia del 16 de mayo de 2014<sup>68</sup>, no casó la sentencia del tribunal, que declaró la responsabilidad por actividad riesgosa y precisó, además, que deben concurrir los elementos constitutivos de la responsabilidad, entre los cuales mencionó “el hecho cometido por una persona, en forma dolosa o culposa”, referencia que despierta cuestionamientos, toda vez que la concurrencia de dicho elemento subjetivo no es presupuesto de una responsabilidad por riesgo. En efecto, la corte replicó la decisión del tribunal por haber encontrado probada la culpa de la empresa demandada (Electrificadora del Caribe), debido a un inadecuado mantenimiento de las “redes eléctricas” y la relación causal, consistente en un defectuoso empalme de los cables eléctricos, lo

<sup>67</sup> En el sentido de destacar la tesis de la presunción de culpa generada por el artículo 2356 del Código Civil colombiano, y que no cabe excusarse con la prueba de haber actuado con la diligencia debida, se pronunció también la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 8 de septiembre de 2011, Ref: Exp. 73449-3103-001-2006-00049-01. M.P. Ruth Marina Díaz Rueda.

<sup>68</sup> Corte Suprema de Justicia, sentencia del 16 de mayo de 2014. M.P. Ruth Marina Díaz Rueda.

que produce, a su vez, un falso contacto entre los conductores que recalientan las líneas, hasta producir chispas, y luego, incendios.

Como se observa, en aquella ocasión la corte no recurrió a la presunción de culpa para sostener la imputación por riesgo de la actividad, sino se remitió al tradicional criterio de imputación subjetivo, a una valoración subjetiva de la conducta; en otras palabras, a una culpa probada, para los fines de la atribución de la responsabilidad, y sin que obstara para ello la existencia de una actividad riesgosa, que en el caso se concreta en la caída de un cable de alta tensión de las redes eléctricas del cual se desprenden daños a la propiedad.

Notoriamente, la imputación por culpa sigue siendo, para la jurisprudencia colombiana, el criterio imputación predominante en la atribución de responsabilidad por actividades riesgosas: de manera especial, lo evidencia el último caso de los citados, en el cual la actividad riesgosa es la electricidad, y respecto a la cual se destacó la conducta negligente de la demandada, consistente en la falta de mantenimiento de las redes eléctricas. Asimismo, se puede apreciar que, a juicio de la corte, no hubo necesidad de recurrir directamente a la tesis de la presunción de culpa, a diferencia de otras oportunidades —o sea, la generalidad de los casos de actividades riesgosas<sup>69</sup>—, si bien respecto a la prueba liberadora de responsabilidad, la corte fue enfática en sostener que no se configuró la fuerza mayor ni caso fortuito con capacidad suficiente de destruir la relación de causalidad.

En la línea subjetivista por la que transcurre la jurisprudencia colombiana se encuentran algunos fallos que destacan, unos más que otros, la referencia a la cláusula general por culpa, consagrada en el artículo 2341 del Código Civil, aun para algunos casos de actividades riesgosas, y respecto a las cuales se destaca el

<sup>69</sup> Esta misma tesis de la presunción de culpa ha prevalecido en la jurisprudencia sobre la responsabilidad por accidentes de tránsito. Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 18 de mayo de 1972. M.P. Ernesto Gamboa Álvarez; Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 18 de marzo de 1976. M. P. Germán Giraldo Zuluaga; Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 30 de abril de 1976. M.P. Humberto Murcia; Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 5 de septiembre de 1978. M.P. Zambra Álvarez; Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 16 de julio de 1985. M.P. Horacio Montoya Gil; Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 17 de julio de 1985. M. P. Humberto Murcia Ballén; Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 29 de agosto de 1986. M.P. José Alejandro Bonivento Fernández; Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 25 de agosto de 1988. M. P. Rafael Romero Sierra; Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 4 de junio de 1992. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss; Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 30 de junio de 1993. M.P. Héctor Marín Naranjo; Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 30 de octubre de 1995. M. P. Nicolás Bechara Simancas; Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 26 de noviembre de 1999. M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno; Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 23 de octubre de 2001. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo; Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 8 de abril de 2014. M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez.

deber de cuidado y el cumplimiento de estándares conductuales. La alusión a un supuesto de responsabilidad por culpa no va hecha respecto a fallos de la jurisprudencia de antaño, lo que se entendería por la ubicación temporal del razonamiento en torno a la imputación de la responsabilidad civil sobre bases absolutamente subjetivistas, sino a fallos recientes recaídos en casos de actividades riesgosas, como el caso de daños derivados de escaleras mecánicas.

A propósito, el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia del 5 de agosto de 2014 recayó en un caso en el cual la víctima rodó por las escaleras eléctricas de un almacén comercial. A pesar de que la demanda hizo énfasis en que las escaleras no cumplían con los mínimos de seguridad establecidos, se recalca que “el solo hecho de tener unas escaleras en un almacén constituye una creación de peligro, que exige un mayor grado de cuidado de quien está a cargo de ellas”<sup>70</sup>. Llama la atención que la corte haya construido su razonamiento sobre el caso en elementos de juicio que sustentan el supuesto de la responsabilidad por culpa, contenido en el artículo 2341 del Código Civil, respecto al cual destacó la Corte el hecho de que está edificado sobre la idea de libertad, y sobre cuya base llega a descartar, en el caso, la configuración de un comportamiento imprudente o negligente por parte de la empresa demandada a la cual se le atribuyó la causa del daño, y destacando la presencia de la culpa exclusiva de la víctima y, por ende, la inexistencia de responsabilidad, precisó que “...no es por cualquier consecuencia imprevisible o incontrolable que se deriva de nuestros actos por lo que estamos llamados a responder, sino únicamente por aquéllos que realizamos con culpa o negligencia”<sup>71</sup>.

Si bien el desenlace del caso se resuelve en una ruptura causal, los argumentos invocados por la corte en el desarrollo de su razonamiento traslucen un enfoque subjetivista de la responsabilidad, según el cual se llega a hacer énfasis en la ausencia de una conducta negligente del demandado en el caso antes citado, y hasta se llega a invocar la cláusula general de la responsabilidad por culpa para la evaluación de la conducta del demandado. En una perspectiva como la anotada, de valoración de los casos de daños por actividades riesgosas, se observa el sabor

<sup>70</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 5 de agosto de 2014. Radicación N° 05266 31 03 002 2002 00010 01. M.P. Margarita Cabello Blanco.

<sup>71</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 5 de agosto de 2014. Radicación N° 05266 31 03 002 2002 00010 01. M.P. Margarita Cabello Blanco, p. 24.

netamente subjetivista por el cual discurre la jurisprudencia, aunque la solución de los casos se resuelva, por lo general, en el examen de una de las rupturas causales<sup>72</sup>.

### Consideraciones finales

El supuesto de responsabilidad contemplado en el artículo 2356 del Código Civil colombiano contiene una regla de responsabilidad por riesgo. Si bien el problema surge a partir de la aplicación jurisprudencial a lo largo de décadas, es necesario destacar que la norma se refiere al riesgo como un fundamento diferente de imputación de responsabilidad en relación con el principio general de la responsabilidad por culpa.

Es cierto que el legislador colombiano del siglo XIX se vio marcado por la influencia que corresponde a la época sobre el predominio de la responsabilidad subjetiva, circunstancia que permite entender la fórmula ambigua entre la culpa y el riesgo, del mentado artículo 2356. No obstante, a pesar de dicha influencia, no puede negarse la autonomía que tiene la norma en relación con el artículo 2341 del mismo código, el cual contiene la regla de la responsabilidad por hecho propio, al referirse en sus numerales a situaciones que comportan un grado de riesgo para la generación de daños. En esta línea, la práctica cada vez mayor de actividades que comportan en sí mismas un riesgo ha dado lugar a un incremento de los daños que en el sistema colombiano han sido afrontados desde la aplicación del referido artículo 2356 del Código Civil. No ha sido pacífica la solución de estos casos desde que la jurisprudencia colombiana muestra pasos adelante para el reconocimiento de una real imputación objetiva de la responsabilidad y retrocesos, con predominio de estos últimos, en el sentido de recuperar una línea de interpretación subjetiva de la responsabilidad, para no perder la conexión con el principio de la culpa como criterio principal de imputación de responsabilidad.

En ese orden de ideas, el recurso a las presunciones de culpa ha representado el *modus operandi* ordinario de los jueces para atribuir una responsabilidad por

<sup>72</sup> En otros casos, la corte ha sido aún más enfática en postular el concurso de la culpa para que tenga lugar la responsabilidad a la que se refiere el artículo 2356 del Código Civil. Así, en un caso de accidente de tránsito, se ha destacó la presencia de una presunción de culpa, respecto a la cual ha llegado a señalar la corte que se podrá exonerar con las causales de exoneración de culpa y que actuó con todas las medidas de cuidado y diligencia para evitar el daño causado, y la carga de la prueba corresponde al agente del daño: Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 18 de mayo de 1972. M. P. Ernesto Gamboa Álvarez.



riesgo bajo un razonamiento de culpa, traducido en el incumplimiento del deber de custodia o de diligencia, el que no encuentra explicación lógica en un contexto de actividad riesgosa; más aún, si al demandado no se le permite de norma su exculpación con la prueba de la ausencia de culpa.

Dicho planteamiento lo que traduce es una posición de *confort* en tratar de mostrar que prevalece el criterio de imputación subjetivo aún en una realidad: la del riesgo, que exige una posición de claro favor para las víctimas del daño, y, al mismo tiempo, una coherencia en los argumentos que abriga la teoría de la responsabilidad por riesgo, para, más bien, posibilitar una adecuada y transparente alocación del riesgo en los sujetos que se encuentran en la posibilidad de tomar las medidas necesarias para evitarlos, y en caso de que se produzcan, poder facilitar la indemnización a la víctima, lo que, en cambio, se ve imposibilitado en el estado actual de la imputación de responsabilidad por riesgo, al abrigo del artículo 2356 del Código Civil de Colombia.

La interpretación jurisprudencial ha tendido a preservar —al menos, en el formato— el criterio subjetivo de imputación, aunque en el fondo subyace el convencimiento de que los casos de responsabilidad por riesgo no pueden tomar otro camino sino el de una responsabilidad objetiva. Este sentir se desprende de la reiterada posición en las sentencias respecto a permitir la exoneración de responsabilidad solo con la prueba de una de las causales de la ruptura causal. Con esta actitud por parte de la jurisprudencia colombiana frente a los casos señalados, se perenniza una incertidumbre frente a los casos de daños producidos con ocasión de un riesgo, respecto a los cuales, si bien el recurso a las presunciones se ha orientado a no permitir que el demandado pruebe la ausencia de culpa, queda siempre abierta la puerta para dicha posibilidad, que se condice con la clásica teoría de la imputación por culpa.

Como se ha podido comprobar, la línea reconstructiva que se desprende de la jurisprudencia colombiana revela su distanciamiento de otras experiencias jurídicas que, como la europea u otras experiencias latinoamericanas —el caso peruano o el argentino, para citar algunos—, llegan a identificar en el riesgo otro gran criterio de imputación capaz de abarcar múltiples situaciones de daños; algunas, incluso, como la que se incorpora en el documento europeo de armonización europea de la responsabilidad (PETL), alcanzan a reconocerle la categoría de un principio paralelo al de la culpa para los fines de la determinación de la

imputación de responsabilidad, con la pretensión de abarcar diversas situaciones de responsabilidad objetiva, y rompiendo de esta manera la continuidad de la tradición que hace ya tiempo erigía la culpa como el único fundamento de atribución de la responsabilidad.

En efecto, los tiempos actuales son otros, novedosos y complejos, y la responsabilidad civil sigue empeñada en acompasar las necesidades de reparación a las víctimas de los daños en honor a la función que la determina: la de compensar los daños fundamentalmente. En esta línea, las tendencias objetivadoras de la responsabilidad prosiguen su camino emancipador de la culpa y logran alcanzar plasmación legislativa, que en sistemas como los de base escrita, determinan la seguridad de su aplicación, lo cual constituye una prueba más de que la discusión iniciada en el siglo XX en torno a la opción o no por una tesis de responsabilidad por culpa o una tesis objetiva sigue abierta; corresponde a los estudiosos continuar el trabajo esclarecedor de cuánto resulta de la jurisprudencia y cuánto va innovando el legislador, bien sea en el plano nacional o en el internacional.

Por su parte, si bien el Código Civil colombiano mantiene una norma ambigua sobre la responsabilidad por riesgo, como lo es el artículo 2356, la jurisprudencia ha sido fluctuante y ha inclinado la balanza para interpretar que en la mencionada norma se contiene una regla de responsabilidad objetiva por riesgo solo para algunas actividades riesgosas, las que ha ido identificando la casuística jurisprudencial, y ha descartado un campo general de aplicación de la mencionada regla de responsabilidad. En efecto, el presente estudio pone en evidencia que existe una regla de responsabilidad objetiva por riesgo, surgida de la jurisprudencia, aun cuando no se encuentre definida en el texto legislativo.

De acuerdo con lo que se desprende de la aplicación del supuesto de responsabilidad que ha sido objeto de análisis a través de un recorrido jurisprudencial, se observan avances y retrocesos en cuanto a una definición de la responsabilidad objetiva por riesgo, frente a lo cual, a su vez, se observa cierto temor por declarar la responsabilidad objetiva por el riesgo, no obstante tratarse del criterio de imputación a que alude el supuesto en referencia.

Sin embargo, existen luces que se desprenden de la propia jurisprudencia, en cuanto a qué entender por actividad peligrosa, sobre si el artículo 2356 del Código Civil colombiano propone un supuesto de responsabilidad autónomo en relación con la cláusula general de la responsabilidad por culpa, consagrada en el artículo

2341 del mismo cuerpo legal, sobre si cuando se habla del riesgo como criterio de imputación se habla de un riesgo previsible o de un riesgo imprevisible, sobre si en estos casos de actividades riesgosas solo cabe exonerarse de responsabilidad con la prueba de la ruptura causal, y en esta línea acompañan una serie de argumentos que, si bien no traslucen un panorama claro para la afirmación de una responsabilidad objetiva por riesgo, en cambio, sí permiten entrever que se van forjando y asentando los pilares de un supuesto de responsabilidad objetiva por riesgo, que exige presencia en el medio jurídico colombiano como respuesta a las exigencias de indemnización de las víctimas de este tipo de actividades, hoy cada vez más frecuentes, por las condiciones actuales del desarrollo de las actividades de producción de bienes y servicios.

Corresponde recordar que si bien el legislador del Código Civil colombiano tuvo una opción nítida por un régimen de responsabilidad subjetiva, la jurisprudencia revela unas dificultades para aceptar tranquilamente en la actualidad semejante afirmación, y, más bien, es reveladora de las pugnas que se dan para optar por permanecer atada a la tradición subjetivista. En el ordenamiento colombiano, se puede afirmar que se destaca, en cambio, la opción de la legislación especial por una responsabilidad objetiva, como lo es el supuesto de la responsabilidad del productor, producto, a su vez, de una revolución institucional de la propia responsabilidad civil que se observa en el derecho comparado, y que tras unas aproximaciones jurisprudenciales en el derecho colombiano durante la década de 2000, se logra plasmar recién con toda claridad en el Estatuto del Consumidor, aprobado por la Ley 1480 de 2011.

Conforme se puede desprender del recorrido jurisprudencial que constituye la realidad aplicativa de la norma en cuestión, el recurso a una llamada presunción rotunda o irrefragable de culpa solo constituye una ficción de culpa para servir de fundamento en el *nomen* a la imputación de responsabilidad, pero en el fondo existe un pronunciamiento a favor de la víctima del daño. En efecto, se trata de una responsabilidad objetiva con el ropaje de una presunción irrefragable o absoluta de culpa; en otras palabras, en realidad, el pronunciamiento apunta hacia una responsabilidad objetiva, conforme se desprende de las precisiones que hacen las sentencias para indicar que solo cabe liberarse de responsabilidad con la prueba de una ruptura causal.



## LAS PRESUNCIONES EN EL CONTEXTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y SU APLICACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

### Resumen

La responsabilidad civil ha recibido un tratamiento exhaustivo desde el punto legal y jurisprudencial respecto a las diversas categorías que la integran, bien sean estas de carácter precontractual, contractual, post-contractual o extracontractual, y en relación con la responsabilidad civil extracontractual, respecto a la voluntariedad que le asiste al autor del daño, es posible identificar lo que tradicionalmente se conoce como responsabilidad subjetiva, derivada de la culpa, de cuyo contenido se ocupa el artículo 2341 del Código Civil colombiano y por otra parte, el de la responsabilidad objetiva, que proviene del despliegue de actividades peligrosas, en los términos del artículo 2356, no obstante que, en este último evento, persiste la idea de darle un alcance diferencial, lo que genera cierto grado de perplejidad por la ausencia de unanimidad en torno a la adecuada categorización del presupuesto sobre el cual se funda la responsabilidad allí prevista, puesto que ésta ha oscilado entre la denominada presunción de responsabilidad, la presunción de culpabilidad y más recientemente, en la denominada responsabilidad objetiva; posturas que muy a pesar de contar con una argumentación diferencial en su contenido, a la postre pareciera ser que llevan al mismo resultado y que se traduce

en eximir de la carga de la prueba a quien padeció el daño irrogado con motivo del despliegue de la actividad, para que sea el que la ejecuta, el llamado a acreditar el motivo de exculpación, y para comprenderlo, se hará una aproximación jurisprudencial a dicho tratamiento.

**Palabras clave:** Responsabilidad civil, carga de la prueba, presunciones, eximentes de prueba.

## Abstract

Civil liability has received exhaustive treatment from the legal and jurisprudential perspectives regarding its various categories, being these of pre-contractual, contractual, post-contractual or extra-contractual nature. In relation to extra-contractual civil liability, regarding the voluntariness presented by the author of the damage, it is possible to identify what has been traditionally known as subjective responsibility, derived from guilt, which is dealt with in the Article 2341 of the Colombian Civil Code, and, on the other hand, objective liability, which comes from the performance of dangerous activities, under the terms of the Article 2356. Nevertheless, in this last case, there persists the idea of treating it in a differential manner, which generates some perplexity due to the lack of unanimity regarding the adequate categorization of the presumption on which said responsibility is based, given that it has oscillated between the so-called presumption of responsibility, presumption of guilt and, more recently, the so-called strict liability. These are positions that, despite using a differential argument in their content, in the end seem to lead to the same result, which translates into exempting from the burden of proof those who suffered the damage caused by the performance of the activity, so that the one who executes it has to prove the reason for exculpation. To explain this aspect, the chapter presents a jurisprudential approach to said treatment.

**Keywords:** Civil liability, the burden of proof, presumptions, exemptions from proof.

## Consideraciones preliminares

La responsabilidad civil constituye uno de los aspectos que mayor trascendencia tienen en los sistemas jurídicos, por ser la que de manera frecuente propicia la

necesaria intervención de la administración de justicia, en la medida en que las relaciones jurídicas en las cuales se mueve la sociedad constituyen fuente generadora de ese tipo de responsabilidades<sup>73</sup>, y, por ello, el tratamiento exhaustivo que desde los puntos de vista legal y jurisprudencial se les suele otorgar a las diversas categorías que la integran, bien sean estas de carácter precontractual, contractual, poscontractual o extracontractual; soportadas toda ellas, en la libertad<sup>74</sup>.

Ahora bien, en el ordenamiento jurídico colombiano, en relación con la específica modalidad de la responsabilidad civil extracontractual, en torno a la voluntariedad que le asiste al autor del daño del que se deriva la responsabilidad como fuente de obligaciones, es posible identificar lo que tradicionalmente se conoce como *responsabilidad subjetiva*, derivada de la culpa, y de cuyo contenido se ocupa el artículo 2341 del Código Civil; también, por otra parte, la responsabilidad objetiva, que proviene del despliegue de actividades peligrosas, en la forma como, en efecto, lo consideró, en su momento, la Corte Suprema de Justicia<sup>75</sup>, no obstante que en este último evento persiste la idea de darle el alcance del artículo 2356 del Código Civil, de una presunción de culpabilidad, como, en efecto, se explicó en el capítulo anterior, y en cuyo contenido se hizo una aproximación al análisis del tratamiento que por vía jurisprudencial se le ha otorgado a esta, y que genera cierto grado de perplejidad por la ausencia de unanimidad en torno a la

<sup>73</sup> Al respecto Javier Tamayo Jaramillo, citando, para el efecto, a ROGER DALCQ, señala que “JOSSEAND resumía así su concepto sobre la responsabilidad civil: “No hay en el mundo actual nada más complejo y más viviente: bajo la acción de la vida moderna, siempre más mecánica y siempre más intensa, la responsabilidad tiende a ocupar el centro del derecho civil, es decir, del derecho en su totalidad; en cada materia, en todas las direcciones, siempre terminamos en ella, en el derecho público como en el derecho privado, en el dominio de las personas como en el de los bienes; en todos los instantes y en todas las situaciones, se convierte en el punto neurálgico común a todas las instituciones [...]”. De la responsabilidad civil, De las presunciones de responsabilidad y sus medios de defensa (Bogotá: Editorial Temis, 1986), 16.

<sup>74</sup> En este sentido, se ha indicado que: “[...] La libertad se constituye, de ese modo, en uno de los postulados esenciales del derecho natural **y es el principio que hace posible la atribución de responsabilidad, porque solo el reconocimiento de aquélla permite que el daño sufrido por la víctima dé lugar a una acción reparatoria en contra de la persona que lo produjo.** [...] De ahí que en los sistemas de derecho occidentales cada quien deba responder por el daño que produzca, a menos que haya una razón jurídica para atribuirlo a una causa extraña o a un tercero.

**Las libertades permiten a cada quien desarrollar su propio plan de vida, y en la medida en que una persona se beneficia de la convivencia deberá soportar recíprocamente los costos que surgen de esas relaciones, es decir que tendrá que reparar los daños que ocasiona.** [...]”. CSJ SC Sentencia de fecha diciembre 18 de 2012, radicación número 2006-00094 M.P. Ariel Salazar Pinzón. (Negrillas fuera de texto).

<sup>75</sup> Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia del 24 de agosto de 2009, Sala de Casación Civil. M.P. William Namén Vargas, referencia 2001-1054.

adecuada categorización del presupuesto sobre el cual se funda la responsabilidad prevista en el referido artículo 2356. En este orden de ideas,

se ha dicho que la responsabilidad civil colombiana es por regla general culpabilista. Esto quiere decir que para poder atribuir la conducta a una determinada persona natural o jurídica no solo se debe establecer la conducta, el daño y el nexo causal, sino el actuar culposo del agente como factor de imputación de la conducta, es decir su dolo o su negligencia. Esta regla general encuentra excepciones, por ejemplo, en creaciones jurisprudenciales colombianas que han diseñado distintos factores de imputación tales como las del riesgo creado y las actividades peligrosas, en las que la determinación del dolo o la negligencia pasa a segundo plano, ya sea porque exista una responsabilidad objetiva o una presunción de culpa.<sup>76</sup>

Pues bien, en el entendido de que el mencionado artículo 2356 ha calificado como actividades peligrosas las señaladas en dicha disposición, debemos afirmar que las allí previstas responden a un título meramente enunciativo, soportado en el contexto que rodeaba el momento en el cual fue expedida esa normativa decimonónica; y que, a la luz de las nuevas realidades que caracterizan nuestra sociedad, el espectro se ha ampliado significativamente, como quedó demostrado en el capítulo primero. Esto, por cuanto, al decir de la Corte Suprema de Justicia colombiana, se extienden a “[...] labores que conllevan al empleo de máquinas o la generación, distribución o almacenamiento de energías...” y, por tanto, se han identificado como actividades peligrosas “[...] la conducción de vehículos automotores terrestres, la aviación, la construcción de un edificio, la utilización de elevadores de carga, la conducción de ganado frente a los peatones, fumigaciones aéreas, utilización de explosivos, los gases residuales de las fábricas, las chimeneas de instalaciones industriales, etc.[...]”<sup>77</sup>.

En este mismo orden de ideas, formarían parte de esa categoría, la de las actividades consideradas riesgosas, la manipulación de la electricidad —a la cual ha calificado como peligrosa “en grado sumo”<sup>78</sup>, y cuyo manejo implica “riesgos

<sup>76</sup> Lina María Céspedes Báez & Angélica María Gutiérrez, “La responsabilidad civil por actividades peligrosas: una forma de establecer el nexo entre personas jurídicas privadas y violaciones de derechos humanos en Colombia”. *Vniversitas*, 125 (2012), 170, en: <http://www.redalyc.org/html/825/82528730006/>

<sup>77</sup> Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia del 25 de octubre de 1999, Sala de Casación Civil. M.P. José Fernando Ramírez Gómez, 6. [http://hipertexto-obligaciones.uniandes.edu.co/lib/exe/fetch.php?media=25\\_octubre\\_1999.pdf](http://hipertexto-obligaciones.uniandes.edu.co/lib/exe/fetch.php?media=25_octubre_1999.pdf)

<sup>78</sup> Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia del 16 de marzo de 1945, Sala de Casación Civil, *Gaceta Judicial* LVIII, 668. En la misma línea, la sentencia del 8 de octubre de 1992. Exp. 3446. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss, de la misma corporación.



especiales” para las personas<sup>79</sup>—, y el transporte de energía eléctrica, que genera “grave riesgo”<sup>80</sup>, tal como fue precisado en el capítulo precedente.

Sin embargo, ese consenso en torno a tal categorización, no es el mismo que se pregona en torno al tipo de presunción que se deduce del contenido del artículo 2356, por cuanto esta ha oscilado entre la denominada presunción de responsabilidad, la presunción de culpabilidad y, más recientemente, en la denominada responsabilidad objetiva, posturas que, muy a pesar de contar con una argumentación diferencial en su contenido, a la postre parecen llevar al mismo resultado, lo que se traduce en eximir de la carga de la prueba a quien padeció el daño irrogado con motivo del despliegue de la actividad, para que sea quien la ejecuta el llamado a acreditar el motivo de exculpación.

Hechas esas consideraciones, el problema que se ha de abordar en este capítulo es determinar: *¿Cuáles son el contenido y el alcance de la presunción consagrada en relación con el despliegue de las actividades consideradas peligrosas, en relación, a su vez, con la producción de la prueba que se debe realizar en el proceso donde se pretende la reparación?*

Para resolver dicho problema, debemos afirmar que, muy pese a habersele dado el carácter de presunción de culpa, parece desprenderse de su contenido una especie de presunción de responsabilidad, y, en otros casos, una verdadera responsabilidad objetiva.

Sin embargo, al ser el común denominador de las posturas adoptadas, la calificación que de presunción se les da —y en el entendido de que ellas se han estructurado como una especie de ficción legal, a través de las cuales se infiere, a partir de un enunciado, una consecuencia jurídica, y que, en principio, suele eximir de la carga de la prueba a quien se beneficia de tal contenido—, a la luz del despliegue de las actividades peligrosas, esas posturas generan un desconcierto que propicia toda suerte de inquietudes en torno al contenido y el alcance de esa modalidad de responsabilidad, pese a que en todos los casos, no obstante operar un relevo de la carga de probar los efectos expansivos de esta, se comporta de manera diferente, como se demostrará en el presente capítulo.

<sup>79</sup> Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia del 5 de abril de 1962, Sala de Casación Civil. M.P. José Hernández Arbeláez, publicada en Gaceta Judicial, Números 2253-2254, 342.

<sup>80</sup> Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia del 19 de diciembre de 2006, Sala de Casación Civil. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, 6.

Es dentro de todo este contexto donde procederemos a verificar el tratamiento que se le ha dado a la responsabilidad desde el punto de vista legal y jurisprudencial, con énfasis en el aspecto probatorio, para proseguir el análisis realizado en el capítulo precedente. Luego examinaremos el tratamiento en general que de las presunciones se hace, para verificar la causalidad en el ámbito probatorio y poder, con base en ello, extractar al final algunas conclusiones, orientadas a explicar las variables que desde la propia actividad probatoria ofrece la postura que en torno al tipo de presunción que se pretenda deducir del contenido del mencionado artículo 2356 se trate, lo que permite proponer, desde la órbita del Estado social de derecho y la nueva concepción que se tiene del derecho procesal en este, una fórmula alternativa por virtud de las facultades oficiosas que ostenta el juez, como director del proceso, para disponer, entre otras cosas, que pruebe el que se encuentre en mejores condiciones para hacerlo.

Para lograr tal resultado, debemos indicar que los métodos generales de análisis, síntesis, inducción y deducción y el método específico del diseño bibliográfico o documental constituyen la metodología que se siguió, y que, a partir del análisis teórico de las diversas posturas existentes en torno al tema materia de estudio, permitió una aproximación descriptiva de esta modalidad especial de responsabilidad civil extracontractual y su relación con la actividad probatoria.

## La responsabilidad civil derivada de actividades peligrosas en Colombia

### *Fundamento y definición*

Conforme al contenido del artículo 2356 del Código Civil colombiano, se ha afirmado que la causación del daño no es precisamente por el uso que se hace de las cosas: lo que acontece en la práctica “Es que con ellas se ocasiona el daño. Como dice el doctor Jorge Cardozo Isaza, es más apropiada llamarla ‘responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas ejecutadas mediante empleo de cosas’. A la postre, no es la cosa la que causa el perjuicio, sino quien las utiliza”<sup>81</sup>.

En ese sentido se debe, entonces, afirmar, como, en efecto, lo hace el maestro Cardozo Isaza que “Es la actividad peligrosa la que hace presumir la culpa en quien utilizando la cosa ocasiona el perjuicio. El fundamento de la presunción

<sup>81</sup> Guillermo Cardona Hernández, *Curso de obligaciones* (Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2001), 127, citando, para el efecto, a Jorge Cardozo Isaza, *Apuntes sobre obligaciones* (Ediciones Jurídicas Wilches, 1986), 218.

estriba entonces en la clase de actividad que se ejecuta con el concurso de la cosa”<sup>82</sup>.

El maestro Valencia Zea precisaba que se consideran actividades peligrosas las que:

[...] tienen su origen en el uso de toda suerte de vehículos, máquinas y nuevas energías como ocurre con los automóviles, ferrocarriles, naves aéreas, marítimas y fluviales, la electricidad, al construcción de obras, etc.<sup>83</sup>.

Pues bien, si se toma como punto de partida esa definición, y en el entendido de que el uso de algunos objetos que fabrica el hombre tienden a potenciar la fuerza que comúnmente este tiene, resulta propicia, para efectos del presente análisis, la definición propuesta por el maestro Tamayo Jaramillo, quien señala que:

[...] peligrosa es toda actividad que, una vez desplegada, su estructura o su comportamiento generan más probabilidades de daño, de las que normalmente está en capacidad de soportar por sí solo, un hombre común y corriente. Esta peligrosidad surge porque los efectos de la actividad se vuelven incontrolables o imprevisibles debido a la multiplicación de energía y movimiento, a la incertidumbre de los efectos del fenómeno, o a la capacidad de destrozo que tiene sus elementos<sup>84</sup>.

Esta modalidad de responsabilidad ha adquirido particular importancia a propósito del desarrollo de las tecnologías, pues, a la postre, es la capacidad de inventiva del hombre la que ha permitido la inclusión dentro de su cotidiana actividad de nuevos elementos que no solo mejoran su calidad de vida, sino que, a su vez, incrementan su capacidad productiva; y es, precisamente, dentro de este último escenario donde el accionar de las cosas que hace el sujeto es el que pone en riesgo a la propia sociedad.

### *Evolución de la responsabilidad derivada de las actividades peligrosas en Colombia*

Hemos afirmado que la nueva realidad en la que se mueven las relaciones jurídicas hizo necesaria la inserción de un tipo de responsabilidad especial, pues, al decir del maestro Valencia Zea, se soportaba en la necesidad de mejorar la situación de

<sup>82</sup> Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil, sentencia del 3 de mayo de 1965.

<sup>83</sup> Arturo Valencia Zea, Álvaro Ortiz Monsalve, *Derecho civil —De las obligaciones—* Tomo III, (Bogotá: Editorial Temis, 1998), 235.

<sup>84</sup> Tamayo Jaramillo, *De la responsabilidad*, 113.

las víctimas, en la medida en que, en la práctica, a estas se les tornaba imposible la acreditación de la culpa en el desarrollo de tales actividades; y, en efecto, indicó el referido maestro que la primera tesis planteada por la Corte Suprema de Justicia consistió en precisar que los daños causados por las empresas ferroviarias y de energía eléctrica debían ser reparadas con fundamento en el artículo 1604 del Código Civil, en la medida en que dicha norma “[...] regula cuestiones relativas a la responsabilidad contractual, la solución consistía en reglamentar casos de responsabilidad extracontractual con normas de la responsabilidad contractual. Solución eminentemente práctica, humana u equitativa”<sup>85</sup>. Esta postura se evidenció en las sentencias: “a) [...] de diciembre de 1929, que condenó a una empresa ferroviaria a pagar el valor de un camión que fue estrellado por una locomotora, b) en 1932 se condenó a una compañía de energía eléctrica a pagar los perjuicios sufridos por una persona a consecuencia de una descarga eléctrica que le produjo una invalidez absoluta [...]. c) en general la misma doctrina se sentó en las sentencias de 1933 y 1936”<sup>86</sup>; se reafirmaba en ellas la necesidad de que todas las empresas involucradas en tal tipo de actividades debían probar la diligencia y el cuidado.

Sin embargo, fue el profesor Eduardo Zuleta Ángel, en Colombia, quien le dio una nueva dimensión a la responsabilidad extracontractual, tomando como base para su análisis si las previsiones contenidas en el artículo 2356 eran una repetición del artículo 2341; su conclusión fue que esta última consagra que está obligado a reparar el daño quien ha cometido dolo o culpa, enmarcándola dentro del escenario de los hechos propios, en tanto que la primera se refiere a daños que puedan imputarse a malicia o a negligencia, y opera en las actividades que ofrecen especiales peligros, a lo que se sumaba otra diferencia concreta, en el sentido de que en los supuestos del artículo 2341 la víctima debía probar el dolo o la culpa del autor del daño, en tanto que en la contenida en el 2356, la víctima tan solo tenía que probar el daño y su imputabilidad material a un sujeto, sin que fuera necesario probar la culpa del autor de dicho daño, pues se estaba en presencia de una presunción de responsabilidad, y entonces aparecían en el escenario jurisprudencial las denominadas presunciones en este tipo de contextos, y

<sup>85</sup> Valencia Zea, *Derecho civil*, 236.

<sup>86</sup> *Ibíd.*, 236.

fue esta la tesis que se plasmó en la sentencia del 14 de marzo de 1938, a la que aludiremos posteriormente<sup>87</sup>.

No obstante lo anterior, el sistema de presunciones estructurado por la corte con base en la nueva interpretación que le dio al artículo 2356 del Código Civil:

[...] terminó generando una enconada controversia en nuestro país. Al punto de encontrarnos hoy ante juristas que -como enemigos antagónicos- se han ubicado en polos diametralmente opuestos en tal discusión, defendiéndose por algunos incluso, que una reinterpretación “conforme a los tiempos” como la que soporta actualmente la ampliación de las “actividades peligrosas”, alcanzaría también para reinterpretar el artículo 2356 del Código Civil y crear desde allí una presunción: para unos cimentada en un elemento subjetivo como lo es la culpa o la imprevisión del agente, mientras que para los restantes basada en algo meramente objetivo como lo es el riesgo<sup>88</sup>.

Lo anterior permite, entonces, inferir que dentro de la Corte Suprema se han generado dos tendencias al respecto: 1) la de los tradicionalistas, que defienden la teoría de la culpa y 2) la de los progresistas objetivistas, que sostienen la teoría del riesgo; muy a pesar de esto, “Lo más curioso de la situación es que las soluciones adoptadas en las partes resolutivas de los fallos son, prácticamente, las mismas, con independencia de la teoría que sostenga el magistrado ponente”<sup>89</sup>.

Atendiendo a las anteriores consideraciones, se tiene que, en punto de la evolución de la responsabilidad civil por el hecho de las cosas, se enmarca en tres grandes etapas:

<sup>87</sup> Debemos en este punto indicar que en un muy importante artículo del profesor Luis Felipe Botero Aristizábal, titulado “El oscuro origen de las actividades peligrosas en derecho colombiano: ¿es necesaria una relectura del artículo 2356 del Código Civil?”, en *Responsabilidad Civil, Seguros y Filosofía del Derecho, en homenaje a Javier Tamayo Jaramillo* (Bogotá: Editorial Biblioteca Jurídica Diké, Pontificia Universidad Javeriana, Tomo I, 2011), 427-451, cuestiona tal interpretación, soportado en un interesante estudio del profesor chileno Javier Barrientos Grandón, para concluir que “Las conclusiones del profesor Barrientos son incuestionables y confirmaron nuestras dudas sobre las interpretaciones que se le han hecho por la jurisprudencia y doctrina patrias sobre el artículo 2356 del Código Civil” (p. 434). Véase sobre la calificación de algunos productos riesgosos, el caso de los medicamentos, Paola Fonseca y Olenka Woolcott, “Los medicamentos y la información: implicaciones para la imputación de la responsabilidad civil por riesgo de desarrollo en Colombia”, *Revista Criminalidad*, vol. 60, N.º 1 (2018): 79-93.

<sup>88</sup> David Alejandro Castañeda Duque, *Presunción de responsabilidad culpabilidad o carga dinámica de la prueba* (Medellín: Ediciones Editora Señal, 2015), 19, quien cita para el elemento subjetivo la sentencia del 26 de agosto de 2010, con ponencia de Ruth Martina Díaz, en tanto que, para el elemento meramente objetivo, cita la del 24 de agosto de 2009, con ponencia de William Namén, a las que aludiremos posteriormente.

<sup>89</sup> Fabricio Mantilla Espinosa & Pizarro Wilson Carlos, “La responsabilidad civil por actividades peligrosas: aplique primero y explique después”, en *Responsabilidad Civil, Seguros y Filosofía del Derecho, en homenaje a Javier Tamayo Jaramillo*, (Bogotá: Editorial Biblioteca Jurídica Diké, Pontificia Universidad Javeriana: 2011), 338.

[...] primera, la de la culpa probada (culpa aquiliana) segunda, la de la presunción de culpa (se admitía prueba en contrario y el carácter liberatorio de la causa ignota); tercera la de la presunción de responsabilidad (solo vale la prueba de la fuerza mayor o de la causa extraña, no imputable al guardián)<sup>90</sup>.

Pues bien, lo importante para significar hasta este momento, y siendo consecuentes con algunas de las consideraciones esbozadas en el capítulo anterior, es que la interpretación de esa disposición fundada en las presunciones, por virtud de lo señalado por el máximo órgano de cierre de nuestra jurisdicción ordinaria, radica, primordialmente, en privilegiar desde el punto de vista probatorio la posición, por demás desfavorable, en la que se encontraría la víctima, pues pensar que esta tuviera que demostrar la culpa de quien con motivo del despliegue de la actividad peligrosa puso en riesgo a la comunidad, y le causó un correlativo daño, lo deja en desigualdad, por cuanto estas, como bien se ha indicado, tienen como característica que superan el riesgo ordinario de cualquier actividad, lo cual supone que hay en ellas un riesgo mayúsculo, que hace necesaria una intervención distinta del simple control del acto que se ejerce con la diligencia necesaria; y es ese grado de complejidad el que, para el caso de la víctima, por virtud del principio del *onus probandi*, lo pone en un escenario de *prueba diabólica*; es decir, de difícil consecución, por lo cual la fórmula más apropiada era la del efecto que se le otorga por vía de interpretación que hace la corte a las presunciones, que se comportan como eximentes de prueba, y de cuyo contenido nos ocuparemos a continuación.

## Las presunciones y su tratamiento en el ordenamiento jurídico colombiano

### *Naturaleza jurídica*

Lo primero que debemos afirmar es que las presunciones en ningún caso son medios de prueba<sup>91</sup>, y si bien son tratadas en el ámbito probatorio, como acontece,

<sup>90</sup> Álvaro Pérez Vives, "Teoría general de las obligaciones", vol. II, parte 1, *De las fuentes de las obligaciones* (Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2011), 174.

<sup>91</sup> En este sentido, el maestro Jairo Parra Quijano, al analizar este tema, indica que: "Si se piensa un poco en la presunción del párrafo 2º. del artículo 762 del C.C., se llegará a la conclusión de que las presunciones no son medios de prueba, ya que una de las funciones que cumplen es eximir de prueba". Jairo Parra Quijano, *Tratado de la prueba Judicial —indicios y presunciones— Tomo IV* (Bogotá: Ediciones Librería del profesional, 2005), 303.

por ejemplo, en nuestro Código General del Proceso<sup>92</sup>, es, precisamente, porque su estructura se asimila a los indicios, en la medida en que permiten inferir un resultado a partir de la configuración de las condiciones que consagra la norma, y por ello, más allá de comportarse tales presunciones como prueba, a la postre, tienen el carácter de eximentes de esta, pues relevan de la carga de probar a quien pretenda beneficiarse de los efectos jurídicos que la respectiva disposición consagra, aun cuando desde ya debemos señalar que ese relevo probatorio no es del todo absoluto.

Muy a pesar de afirmarse, como ya se hizo, que las presunciones no son medio de prueba, se han esbozado algunas tesis en pro de considerarlas como tales: así lo reseña el maestro Parra Quijano, al indicar que:

Este no es un tema pacífico en la doctrina, por el contrario, es de los más controvertidos:

A) Algunos autores consideran las presunciones judiciales (de hombre) como medios de prueba. Estos autores confunden los indicios con las presunciones judiciales y de ahí surge el criterio, (Gorphe, Guasp).

B) otros autores, consideran que también son medios de prueba las presunciones iuris tantum. Ugo Rocco, sostiene que de la definición de presunción que ha elaborado valiéndose del artículo 2727 del C.C. italiano, se puede inferir que es ella también un medio de prueba, [...].

C) Hay autores que consideran que las presunciones iuris et de iure, como medios de prueba. [...] <sup>93</sup>.

Pues bien, si se trata de justificar su presencia en el Código General del Proceso —como también, en el derogado Código de Procedimiento Civil colombiano (artículo 176)—, en la Sección Tercera, Capítulo I del Título único de pruebas, podemos afirmar que ello obedece, precisamente, a que las presunciones se comportan como eximentes de prueba, pues, en la práctica, lo que con ellas se busca es relevar de la actividad probatoria a quien pretende beneficiarse de los efectos consagrados en la disposición donde se halla contenida esta, y, con ello, atemperar el rigor del principio de la carga de la prueba.

<sup>92</sup> Ley 1564 de 2012, artículo 166: “Las presunciones establecidas por la ley serán procedentes siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados. El hecho legalmente presumido se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice”.

<sup>93</sup> Parra Quijano, *Tratado*, 202-3.

Ahora bien, muy a pesar de que las presunciones se estructuran de manera similar a los indicios, se tiene que la diferencia opera porque:

Alsina define al indicio como todo “rastros, vestigio, huella, circunstancia y en general todo hecho conocido o mejor dicho debidamente comprobado, susceptible de llevarnos por vía de inferencia al conocimiento de otro hecho desconocido”<sup>94</sup>, siendo la presunción la consecuencia que se obtiene por el establecimiento de caracteres comunes en los hechos. De tal manera, indicio y presunción son dos conceptos independientes pero que se complementan.

En sentido semejante Devis Echandía dice que “se entiende por indicio un hecho conocido (o una circunstancia de hechos conocida) del cual se induce otro hecho desconocido mediante una operación lógica basada en normas generacionales de experiencia o en principios científicos o técnicos especiales [...]”<sup>95</sup>.

En ese orden de ideas, la presunción ha sido concebida, al decir del maestro Devis Echandía, como “un juicio lógico del legislador o del juez, en virtud del cual se considera como cierto o probable un hecho [...] con fundamento en las máximas generales de la experiencia, que le indican cuál es el modo normal como se suceden las cosas y los hechos”<sup>96</sup>. De ahí que se entienda por “presumir (*praesumere*), suponer una cosa cierta sin que esté probada o sin que nos conste [...]”<sup>97</sup>.

### *Clasificación de las presunciones*

Tomando como punto de partida la definición anterior, podemos, entonces, identificar las siguientes modalidades:

#### Presunciones jurídicas

Se caracterizan por encontrarse insertas en disposiciones legales, y son de dos clases:

<sup>94</sup> Hugo Alsina, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, t. II (Buenos Aires: Cía. Argentina de editores, 1942), 519.

<sup>95</sup> Roberto Vázquez Ferreyra, *Prueba de la culpa médica* (Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1995), 134-5.

<sup>96</sup> Hernando Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*, t. I. (Bogotá: Editorial Temis, 2002), 677.

<sup>97</sup> *Ibid.*, 694.



- a. **Presunción legal (*Praesumptio Juris Tantum*):** su principal característica radica en que admite prueba en contrario; como ejemplo tenemos la presunción de buena fe, prevista en el artículo 769 del Código Civil Colombiano, y la del artículo 762 de la misma normativa, que establece dicha modalidad de presunción, cuando de la buena fe y la posesión se trata, respectivamente.
- b. **Presunción de derecho (*Praesumptio Juris et de iure*):** que no admite prueba en contrario.

### Presunciones del hombre

Son estas las pretensiones que, si bien no están consagradas en norma jurídica, son adoptadas por el hombre a través de su cotidiana actividad, por virtud de las reglas de experiencia, y pueden, con el tiempo, convertirse en una presunción legal. La función procesal que pueden llegar a cumplir radica en que pueden servirle de guía al operador jurídico para valorar las pruebas<sup>98</sup>.

En este sentido, las presunciones del hombre, llamadas también *judiciales*, son, a criterio de Jorge Peyrano, “aquellas que el juez forma un juicio lógico partiendo de los indicios, que son hechos probados o de público conocimiento, a partir de los cuales, mediante una operación lógica, deduce la existencia de otro hecho inferido o indicado”<sup>99</sup>.

Lo anterior reafirma, en consecuencia, que “Las presunciones legales son las que se encuentran preestablecidas en la ley habiendo realizado a priori el juicio lógico el legislador. Las presunciones legales, si bien es frecuente que así sea, no necesariamente deben estar fundadas en la experiencia pudiendo basarse en razones de política legislativa.”<sup>100</sup>.

## Las presunciones en el contexto de la responsabilidad civil

Si se tratare de justificar el carácter de presunción que se le dio al artículo 2356 del Código Civil, ello se hizo, precisamente, para diferenciarlo del contenido del

<sup>98</sup> Ramón Antonio Peláez Hernández, Manual para el manejo de la prueba 4.a Ed. (Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2015), 322.

<sup>99</sup> Jorge Peyrano, Tácticas en el proceso civil (Santa Fe, Argentina, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1983), 76.

<sup>100</sup> Vásquez Ferreyra, Prueba, 136, citando, para el efecto, a Atilio Alterini.

artículo 2341 de la misma normativa, por cuanto es claro que en las hipótesis sobre las cuales se soporta el despliegue de las actividades peligrosas la víctima se encuentra en una verdadera posición de indefensión para demostrar la culpa del infractor, y, ¿qué mejor mecanismo para equilibrar esa dificultad que hacer uso del eximente de prueba? Tal vez, fue también porque para la época durante la cual se erigió en su contenido dicha presunción, el principio del *onus probandi* —carga de la prueba— era de un rigor extremo, pues se soportaba en la idea de que le correspondía probar el hecho a quien lo alegara.

Dicho lo anterior, podemos, entonces, precisar el alcance de tales presunciones en el ámbito de la responsabilidad a partir de las siguientes categorías, a las que alude, de manera indiscriminada, la jurisprudencia.

### *La presunción de responsabilidad*

Este tipo de presunción tiene como particularidad que su ámbito de aplicación está dado por el riesgo que se crea con motivo del uso del elemento que propicia el despliegue de la actividad considerada peligrosa.

En Colombia, como lo dijimos inicialmente, fue la sentencia del 14 de marzo de 1938, el caso conocido con el nombre del “Joven Arnulfo”, con ponencia de Ricardo Hinestrosa, la que estableció la presunción de responsabilidad que se origina en contra del sujeto de una actividad peligrosa<sup>101</sup>; y pese que la corte no casó la sentencia del tribunal que exoneró de responsabilidad civil al demandado sobre la base de la cosa juzgada, pues el caso inicialmente fue conocido por la jurisdicción penal que sobreseyó la causa, en todo caso, “las consideraciones

<sup>101</sup> Caso que se presentó el 29 de septiembre de 1929. Arnulfo y un compañero iban en bicicleta por la carretera de Nacederos, hacia la ciudad de Pereira, cuando en la misma dirección apareció detrás de ellos un automóvil conducido por el señor Pablo Villegas. Por el temor de ser atropellado, el joven Arnulfo comenzó a zigzaguar cambiando de línea transversalmente, y cuando ya casi estaba contra el automóvil, Arnulfo cayó al suelo y la rueda derecha trasera del automóvil le pasó por encima y le produjo la muerte.

En ese entonces se afirmó que el artículo 2356 no era una repetición del artículo 2341, pues los ejemplos aludidos en la primera de las disposiciones “corresponde a la época en que el Código se redactó, en que la fuerza del hombre como elemento material y los animales eran el motor principal, por no decir el único en la industria, en las labores agrícolas, en la locomoción; todo lo cual se ha transformado de manera pasmosa, en forma que junto con sus indecibles favores han traído también extraordinarios peligros”. Esta misma tesis se aplicó en la sentencia proferida el 18 de mayo de 1938, con motivo de las chispas arrojadas por una locomotora y que incendiaron poteros sembrados de trigo, y respecto a lo cual dijo la corte: “Hay que reconocer que una locomotora alimentada con carbón produce chispas”, tesis que fue mejor precisada en la sentencia del 31 de mayo de 1938, para reafirmar la imposibilidad de que fuera admitida la prueba de la ausencia de culpa.

hechas en la mentada sentencia de casación son un mero obiter dicta<sup>102</sup>, sentencia, cuyo análisis se realizó en el capítulo I.

Postura similar fue la acogida en la sentencia del 31 de mayo de 1938, cuando se afirmó que:

Quien ejercita actividades en el manejo de máquinas de la industria humana es responsable del daño que por obra de ellas se cause y, por lo mismo, le incumbe para exonerarse de esa responsabilidad, demostrar la fuerza mayor, el caso fortuito o la intervención de un elemento extraño que no le sea imputable, de que es ejemplo frecuente la culpa de la víctima.

Obsérvese que la presunción de responsabilidad se soporta en la peligrosidad que supone el ejercicio de la actividad considerada riesgosa; en otras palabras, por el riesgo que lleva implícito el uso de la cosa, por lo cual han sido varias las consideraciones esbozadas por la Corte Suprema de Justicia en relación con el contenido del artículo 2356 del Código Civil, la que al respecto ha indicado, como, en efecto, lo hizo en fallo del 18 de abril de 1939, que:

Los ejemplos que allí se mencionan son ilustrativos y se refieren a hechos en que el daño aparece en la cosa misma, por cierta peligrosidad que en ella se transparenta. La Corte ha sostenido la doctrina de que conforme a la disposición del artículo 2356 del C.C., existe una presunción de responsabilidad en contra del agente respectivo, en los casos de daños causados por ciertas actividades que implican peligros, inevitablemente anexos a ellas, responsabilidad por la cual no se exonera de la indemnización, sino en cuanto se demuestre caso fortuito, fuerza mayor o intervención de elementos extraños<sup>103</sup>.

Siguiendo esa misma línea, en la sentencia del 14 de febrero de 1955, la corte excluyó expresamente la posibilidad de aplicación de una presunción de culpa en el artículo 2356 expresando que:

[...] el criterio de peligrosidad de una actividad no dice relación a la aplicabilidad de la presunción de culpa a la que aluden los artículos 2347 y 2349 del Código Civil porque aquel género de actividades caen bajo el dominio de la presunción de

<sup>102</sup> Luis Felipe Botero Aristizábal, "El oscuro origen de las actividades peligrosas en derecho colombiano: ¿es necesaria una relectura del artículo 2356 del Código Civil?". En Responsabilidad Civil, Seguros y Filosofía del Derecho, en homenaje a Javier Tamayo Jaramillo (Bogotá: Editorial Biblioteca Jurídica Diké, Pontificia Universidad Javeriana, 2011), 438.

<sup>103</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Gaceta Judicial XLVIII, 165. Sentencia del 18 de abril de 1939.

responsabilidad —no de culpa— que se halla configurada por el artículo 2356 del Código Civil. Más claro: no por el hecho de afirmar que una actividad no es peligrosa, se puede desconocer la existencia de la culpa consignada en los artículos citados por el recurrente. La doctrina y la jurisprudencia han anotado las diferenciaciones precisas entre estas dos situaciones jurídicas: en la primera, la prueba de la propia conducta diligente no es causal eximente de responsabilidad civil; es necesario que el demandado demuestre el caso fortuito, la fuerza mayor o un hecho extraño, dentro del cual se halle la culpa exclusiva de la víctima como causal única del perjuicio. En la segunda, le basta al demandado ofrecer la demostración de su diligencia para exonerarse de la responsabilidad, y desde luego, esa exoneración tiene ocurrencia si demuestra cualquiera de los extremos antes anotados para la presunción de responsabilidad. Es bueno advertir que la locución ‘presunción de peligrosidad’ no tiene perfil técnico, porque lo que se presume es la responsabilidad por actividad peligrosa<sup>104</sup>.

Por último, señalemos que este tipo de presunción se ha equiparado a la presunción irrefragable de culpa. En este sentido, se afirma que:

Nuestra jurisprudencia suele servirse de la teoría de la presunción irrefragable de culpa con el fin de excluir el juicio de valor respecto del agente y, a la vez, mantener la palabra “culpa” en su argumentación<sup>105</sup>.

### *La presunción de culpa*

Esta tendencia se soporta sobre la base de que la responsabilidad por las actividades peligrosas es subjetiva y no guarda origen en el riesgo creado, como lo planteó la presunción de responsabilidad, sino en la “presunción rotunda de que el agente obró con improvisación<sup>106</sup>, y en cuyo contenido, además de reiterar el criterio de encuadrar el despliegue de actividades peligrosas en el ámbito de la

<sup>104</sup> Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil, sentencia del 14 de febrero de 1955, Gaceta Judicial LXXIX, 479-84.

<sup>105</sup> Fabricio Mantilla Espinosa, “El principio general de responsabilidad por culpa del derecho privado colombiano”. Revista Opinión Jurídica, vol. 6, N.º. 11 (2007): 129-150, 136. Sobre una posible aplicación de la presunción de culpa por infracción a derechos de propiedad intelectual, véase Germán Flórez y Olenka Woolcott, Protección del derecho de autor. Implicaciones del TLC entre Colombia y Estados Unidos (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2015) y Olenka Woolcott y Karen Cabrera, “Las infracciones al derecho de autor en Colombia. Algunas reflexiones sobre las obras en internet y la influencia de nuevas normativas”, Revista Chilena de Derecho, vol. 42, N.º 2 (2018): 502-29.

<sup>106</sup> David Alejandro Castañeda Duque, Presunción de responsabilidad culpabilidad o carga dinámica de la prueba (Medellín: Ediciones Editora Señal, 2015), 21, citando, para el efecto, el fallo del 26 de agosto de 2010 de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

*presunción de culpabilidad* en cabeza de su ejecutor o del que legalmente es su titular, en condición de guardián jurídico de la cosa, escenario en el cual se protege a la víctima relevándola de demostrar quién tuvo la responsabilidad, y cuyo análisis se desplegó, de igual manera, en el capítulo precedente, y de cuyo contenido merece la pena resaltar que:

El ofendido únicamente tiene el deber de acreditar la configuración o existencia del daño y la relación de causalidad entre este y la conducta del autor, pudiéndose exonerar solamente con la demostración de la ocurrencia de caso fortuito o fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o la intervención de un tercero.

Este estudio y análisis ha sido invariable desde hace muchos años y no existe en el momento actual razón alguna para cambiarlo, y en su lugar acoger la tesis de la responsabilidad objetiva, **porque la presunción de culpa que ampara a los perjudicados con el ejercicio de actividades peligrosas frente a sus victimarios les permite asumir la confrontación y el litigio de manera francamente ventajosa, esto es, en el entendido que facilita, con criterios de justicia y equidad, reclamar la indemnización a la que tiene derecho. [...]**.

(Sentencia del 26 de agosto de 2010, expediente 00611). (Negrilla fuera de texto).

Por su parte, en reciente pronunciamiento, se señaló que:

Tratándose del ejercicio de actividades peligrosas, la Sala en desarrollo de lo previsto en el artículo 2356 del Código Civil, tiene decantado que la responsabilidad se juzga al abrigo de la “[...] presunción de culpabilidad [...]”. Cualquier exoneración, por tanto, debe plantearse en el terreno de la causalidad, mediante la prueba de un elemento extraño (fuerza mayor o caso fortuito, hecho de un tercero o culpa exclusiva de la víctima)<sup>107</sup>.

Lo anterior, muy a pesar de las marcadas diferencias entre las que se pueden mover estas dos categorías, como quedó evidenciado en el contenido de los anteriores pronunciamientos:

En Colombia las altas Cortes no han tenido una posición clara al respecto y han demostrado hondas confusiones entre los dos conceptos. En repetidas ocasiones se ha referido a la presunción de culpa con los elementos de una verdadera presunción de responsabilidad y viceversa. [...] teniendo en cuenta que a la responsabilidad por

<sup>107</sup> Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia del 26 de abril de 2016, Sala de Casación Civil, radicado SC12994-2016. M.P. Margarita Cabello Blanco, para reafirmar la postura adoptada en las sentencias: del 6 de octubre de 2015. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona, radicado, 2005-00105; la del 18 de diciembre de 2012. M.P. Ariel Salazar Ramírez, radicado 00094, y la del 26 de agosto de 2010. M.P. Ruth Marina Díaz, radicado 00611, de la misma corporación.

actividades peligrosas se le ha aplicado hasta el momento el régimen de presunción de culpa con una única posibilidad de exoneración, la causa extraña. Es decir hay una evidente confusión con las características de la presunción de responsabilidad<sup>108</sup>.

### *Responsabilidad objetiva*

En 2009, la corte cambió la jurisprudencia esbozada hasta ese momento en relación con el régimen de responsabilidad por actividades peligrosas, e indicó que cuando se trata de este tipo de actividades, ya sean concurrentes o no, el régimen que debe tener el juez en cuenta es el de la responsabilidad objetiva<sup>109</sup>.

En ese sentido, debemos afirmar que tal tipo de responsabilidad se soporta sobre la base de que en ningún caso, tratándose de actividades peligrosas, su ejercicio no se encuentra gobernado por presunción alguna, sino que es el riesgo o el peligro que esas actividades comportan lo que determina tal responsabilidad<sup>110</sup>, postura que fue explicada con suficiencia en el capítulo precedente, muy a pesar de su transitoriedad, pues luego se acogió, en 2010, la de la presunción de culpa; merece destacarse de esta lo siguiente:

[...] La responsabilidad “objetiva” (Responsabilità Oggettiva, Responsabilité objective, Strict liability, Objektive Haftung, Gefährdungshaftung), por oposición a la “subjettiva” describe hipótesis de imputabilidad sin culpa, donde la culpabilidad carece de relevancia para estructurarla remitiéndose a factores objetivos como el

<sup>108</sup> Paula Ordoñez Vasco, Responsabilidad civil por actividades peligrosas (actualidad de las teorías subjetiva y objetiva), (Universidad Javeriana, Bogotá Colombia. Tesis para optar el título de abogado, 2010), 32, citando, para el efecto, el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 16 de diciembre de 2004, expediente número 7459. M.P. César Julio Valencia Copete, que demuestra claramente la confusión que existe entre los dos conceptos al equipararlos: “Culpa exclusiva de la víctima que, como nos lo ha enseñado la jurisprudencia y la doctrina, constituye causal que rompe la presunción de culpa o de responsabilidad, contenida en el artículo 2356 del C.C.” (negritas fuera de texto).

<sup>109</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. William Namén Vargas. Sentencia: 2001-1054, del 24 de agosto de 2009, en cuyo contenido se dijo: “[...] en un comienzo, se consideró que la responsabilidad por actividades peligrosas ex artículo 2356 del Código Civil, comporta una presunción de responsabilidad en contra del autor, después, dijo que de esta dimana una presunción de culpa: luego una presunción de peligrosidad, pasando a un sistema de responsabilidad por ‘riesgo’ o ‘peligrosidad’ de la actividad, para retornar a la doctrina de la ‘presunción de culpa’.

En todas esas hipótesis, es decir, presunción de responsabilidad, presunción de peligrosidad y presunción de culpa, la Corte, sin embargo, ha sido reiterada, uniforme y convergente, en cuanto a que la exoneración solo puede obtenerse con prueba del elemento extraño, esto es, la fuerza mayor, el caso fortuito, la intervención exclusiva de un tercero o de la víctima, mas no con la demostración de la diligencia exigible o sea, con la ausencia de culpa”.

<sup>110</sup> Castañeda Duque, Presunción, 88.

riesgo o el peligro, la capacidad de asumir los costos de evitación o de reparar la lesión, fundándose en la situación del sujeto respecto de las cosas, su posición o relación con sus congéneres o el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa permitida por su utilidad social, verbi gratia, la custodia de una cosa, la propiedad sobre ésta, el uso de un animal o el riesgo. La locución se utiliza también —en forma menos extendida, ciertamente— para designar la responsabilidad “estricta”, “absoluta”, “de derecho” (de droit) o “pleno derecho” (de plein droit), por la simple causación del daño, incluso, descartando el juicio de imputación al contenerse en la descripción fáctica del precepto, ubicándolo por su acaecimiento, a diferencia de la “subjetiva”, donde la culpa, “presunta” o “probada”, y el dolo constituirían los criterios de calificación en el caso concreto [...].

## La actividad probatoria en el contexto de la responsabilidad por actividades peligrosas

Hemos afirmado que, por regla general, las presunciones se comportan como un eximente de prueba, y que, soportado eso en lo señalado por la corte, se traduce en un régimen especial probatorio, en la medida en que:

La jurisprudencia nacional, apoyándose en la normación legal contenida en el artículo 2356 del C. Civil ha admitido un régimen conceptual y probatorio propio de las actividades denominadas como peligrosas, después de advertir que el ejercicio de una actividad de dicha naturaleza coloca a los asociados en eminente peligro de recibir lesión, aunque se ejecutó observándose por su autor toda la diligencia que ella exige,

El referido régimen especial consiste sustancialmente en que, cuando el daño se cause en ejercicio de una actividad peligrosa se dispensa a la víctima de aportar la prueba, con frecuencia difícil de la imprudencia o descuido de la persona a la que se demanda la reparación; es decir, que en tal evento se presume la culpa de ésta por ser ella quien con su obrar ha creado la inseguridad de los asociados [...]<sup>111</sup>.

Lo anterior, para significar que adquieren relevancia las exenciones probatorias desde la perspectiva misma de la actividad probatoria que se debe desplegar en el proceso, en cuyo escenario:

[...] las cargas probatorias varían dependiendo de qué factor de imputación sea el escogido para determinar la responsabilidad. Así, se sabe que la responsabilidad por

<sup>111</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 17 de julio de 1985. M.P. Humberto Murcia Ballén. Revista Jurisprudencia y Doctrina, vol. XIV, N.º 165 (1985): 751-57.

culpa establece una tarea probatoria más exigente para la víctima, en la medida en que debe comprobar la negligencia o el dolo del agente dañino, mientras que cuando se asumen otros factores de imputación, como en el caso de las actividades peligrosas, la carga probatoria disminuye por obra de una serie de presunciones. Estas distinciones son esenciales, no solo porque aumentan o alivianan la tarea probatoria, sino porque dependiendo de qué factor de imputación se le asigne a una actividad específica, se pueden observar efectos disuasivos de la misma, o que impulsan a la adquisición de seguros o de medidas de análisis del riesgo, entre otro<sup>112</sup>.

Todo esto, para significar que tratándose del despliegue de actividades peligrosas, por virtud de la presunción a la que hemos aludido, y sin importar la categoría en la cual esta se mueva, lo que acontece en la práctica es un relevo de prueba, en relación con la acreditación de la culpabilidad, pese a que el demandante no queda eximido del todo de la carga de probar, toda vez que este debe probar el hecho que sirve de base al razonamiento, lo cual, visto con la perspectiva de esas actividades, impone como necesaria la acreditación del daño, para deducir el nexo que tiene este con el ejercicio de la actividad peligrosa que causó dicho daño, y es a partir de tal acreditación como se genera, para quien despliega la actividad considerada peligrosa, la carga de probar la existencia de un factor extraño, para que no se derive la consecuencia procesal que se desprende de la presunción.

Pues bien, en la medida en que la decisión judicial que declare responsable a una persona se debe soportar en pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, como bien lo señala el artículo 164 del Código General del Proceso que desarrolla el principio de la necesidad de la prueba<sup>113</sup>, supone que, acreditados los presupuestos inicialmente referenciados, y sin que exista prueba alguna que exima de la responsabilidad del hecho en cabeza de quien desplegó la actividad peligrosa, deberá el juez fallar en su contra.

### *Efectos de la presunción prevista en el artículo 2356 del C.C.*

Visto desde la órbita de la postura que en torno al tipo de presunción por la que se opte cuando de aplicar el artículo 2356 del C.C. se trate, se generan unas

<sup>112</sup> Lina María Céspedes Báez, & Angélica María Gutiérrez, La responsabilidad, 172.

<sup>113</sup> Peláez Hernández, Manual, 63.



consecuencias probatorias diferentes, por cuanto si el análisis se hace desde la denominada presunción de culpabilidad, además de la posibilidad de exonerarse de la responsabilidad a través de la acreditación de la causa extraña, se hace extensiva aquella a la demostración de la diligencia prudencia o cuidado tenido por quien cumple la labor, en tanto que, visto desde la órbita de la presunción de responsabilidad, solamente se exime de ésta cuando se acredite la presencia de una causa extraña, sin que tenga incidencia alguna con el tema de prueba la diligencia o cuidado.

En este último aspecto se tiene que:

La jurisprudencia es unánime: probado el vínculo de causalidad entre la actividad peligrosa y el daño, el demandado solo puede exonerarse demostrando una causa extraña, la cual puede estar constituida por una fuerza mayor, o caso fortuito, el hecho exclusivo de un tercero, o el hecho exclusivo de la víctima. Así las cosas, nuestra jurisprudencia se ha equiparado desde el punto de vista probatorio a las llamadas “presunciones de responsabilidad” o de “pleno derecho”; en la actualidad, al demandado no le basta demostrar ausencia de culpa, pues solo rompiendo el vínculo de causalidad se libera de la obligación de reparar<sup>114</sup>.

En el mismo sentido, el maestro Valencia Zea la califica como una responsabilidad de pleno derecho<sup>115</sup>.

### *Alternativas frente a la acreditación de la responsabilidad derivada de actividades peligrosas en el Código General del Proceso*

Muy a pesar de las acaloradas discusiones que en torno a la naturaleza de presunción que se deduce del contenido del artículo 2356 —y de la cual dio cuenta el análisis efectuado tanto en el capítulo precedente, así como lo señalado hasta este momento—, se tiene que tal interpretación obedeció, sin duda, a la necesidad de eximir de prueba a la víctima, pues carecía de sentido pretender aplicar de manera indiscriminada, para este tipo de eventos, el clásico *onus probandi*, traducido como que quien alega el perjuicio debe probar la culpa del victimario, y que responde al modelo del Estado de derecho; no obstante, al existir consenso

<sup>114</sup> Tamayo Jaramillo, De la responsabilidad, 59.

<sup>115</sup> Valencia Zea, De las responsabilidades, 235.

generalizado de que, por tratarse de actividades peligrosas, resulta por demás obvio que al ser quien despliega tal actividad quien tiene la esfera de dominio sobre sus actos, debe trasladarse a este la carga de la prueba, pues la víctima queda en condición de indefensión frente a ese accionar, y carecería de sentido que, además, deba probar.

Pues bien, dentro de la esfera principalística que rodea el derecho procesal en el contexto del actual de Estado social de derecho, es posible fijar otro tipo de interpretación, pues si se toman como base los principios sobre los cuales se erige ese modelo de organización, conforme al artículo 1º de la Constitución Política colombiana, y que se integran por el respeto a la dignidad humana, la solidaridad, el trabajo y la prevalencia del interés general, emerge una nueva visión del derecho procesal, que al decir de la misma Corte Constitucional, supuso su constitucionalización<sup>116</sup>, y en cuyo ámbito de aplicación la prueba también adquirió el carácter de derecho fundamental<sup>117</sup>; ello, a su vez, impone un nuevo rol o papel no solo a las partes, sino al juez, en relación con la prueba; precisamente, porque, al estar en presencia de un derecho de carácter fundamental, debe dar aplicación, a su vez, al imperativo señalado en el artículo 228 de la Carta Política, que le indica

<sup>116</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-131, del 26 de febrero de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño, en cuyo contenido dicha corporación se refirió a esta categoría de la siguiente manera:

T-...2. Uno de los espacios en los que mayor incidencia ha tenido el constitucionalismo es el derecho procesal. En la tradición del positivismo formalista el derecho procesal estaba desprovisto de una vinculación sustancial con lo que era materia de litigio; se agotaba en una ritualidad cuya configuración se realizaba fundamentalmente en la instancia legislativa; era ajeno a propósitos que lo conectaran con los fines estatales y la protección de las garantías que lo integraban solo se brindaba en esas actuaciones y bajo los estrechos parámetros de protección establecidos por el legislador. Así, no llamaba a interés el hecho de que, en materia de derechos, la sustancia que se tenía entre manos se desvaneciera ante las ritualidades y formalidades de unos procedimientos que las más de las veces se explicaban por sí mismos y que perdían puntos de contacto con lo que era objeto de controversia.

Pero esa dimensión del derecho procesal ha sido superada pues el constitucionalismo **ha rescatado las garantías** centenariamente elaboradas como contenidos del derecho procesal para vincularlas inescindiblemente a la realización de las normas sustanciales. Las ha dotado de una teleología que no se explica a partir del solo rito o procedimiento sino en relación directa con las normas jurídicas que consagran los efectos jurídicos que las partes pretenden. **Las ha redimensionado para darles ahora el carácter de facultades irrenunciables, históricamente consolidadas y positivizadas; esto es, para advertir en ellas derechos fundamentales.** [...]” (Negrillas fuera de texto).

<sup>117</sup> Ramón Antonio Peláez Hernández, La prueba ilícita desde la perspectiva de la regla de exclusión y su aplicación en el proceso civil (publicación Colección Tesis Doctorales, Número 9, Universidad Externado de Colombia, 2017), 125, citando, para el efecto, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, del 28 de junio de 2005, expediente 7901 M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, en cuyo contenido se precisa en cuanto a calificar a la prueba como un verdadero derecho de ese carácter.

a al juez, que cuando de administrar justicia se trate, deberá tener presente que el fin último del procedimiento es hacer efectivo el derecho sustancial.

Para este último propósito, goza el juez, dentro del nuevo marco normativo previsto en la Ley 1564 de 2012, de dos instrumentos de los que puede hacer uso por su propia iniciativa, en aras de garantizar una verdadera igualdad material que, en materia de responsabilidad civil derivada de actividades peligrosas, sin duda, se vería fracturada si se pretende que sea la víctima quien pruebe los hechos desplegados por quien ejecutó la actividad peligrosa. Esos instrumentos son el decreto oficioso de pruebas y la carga dinámica de la prueba.

#### El decreto oficioso de pruebas

Se encuentra previsto en el artículo 170 de la Ley 1564 de 2012, y, sin duda, permite que el juez, desde los mismos actos procesales de introducción, despliegue la iniciativa probatoria para decretar las pruebas que permitan evidenciar la forma como acontecieron los hechos de los que se derivó el perjuicio a la víctima, como resultado de la actividad peligrosa.

#### La carga dinámica de la prueba

Se trata de una herramienta de vital importancia en el contexto de las actividades peligrosas, pues, conforme al contenido señalado en el artículo 167 inciso segundo de la mencionada ley, puede el juez, también de manera oficiosa, disponer que pruebe la parte que esté en mejores condiciones para hacerlo<sup>118</sup>, así en principio no tenga esta la carga de la prueba, para lo cual el mismo ordenamiento precisa indicar, a título meramente enunciativo, los eventos en los que puede el operador jurídico considerar dicho traslado, y dentro de los que se encuentran los siguientes:

- a. Por la cercanía al elemento material probatorio.
- b. Por tener bajo su poder el objeto de prueba.
- c. Por circunstancias técnicas especiales.
- d. Por haber participado directamente en la comisión de los hechos.

<sup>118</sup> Esta postura es la indicada también por Castañeda Duque, Presunción, 109, y que se ajusta a los nuevos principios del proceso y de la prueba en el contexto del Estado social de derecho.

- e. Por las condiciones de indefensión, desigualdad o inferioridad en la que se encuentre la parte que debe probar.

Obsérvese, por tanto, que son las tres últimas hipótesis contenidas en la norma las que permiten que, en efecto, se disponga que pruebe quien causó el daño, producto de la actividad peligrosa, en el sentido de acreditar, en caso de ser necesario, que este fue provocado por una causa extraña.

### Consideraciones finales

Si bien la responsabilidad derivada del contenido del artículo 2356 del C.C. fue estructurada inicialmente bajo las consideraciones sobre las cuales se fundaba la contenida en el artículo 2341, desde 1938 la Corte Suprema de Justicia concluyó que el artículo 2356 estableció un régimen especial para el tratamiento de ciertas actividades que, al ser consideradas peligrosas, consagraba un régimen soportado en una presunción, que solo puede ser desvirtuada por una causa extraña.

Lo anterior conllevó que, al ingresar las presunciones al escenario propio de la responsabilidad civil extracontractual, estas se movieran de manera indistinta en lo que la corte había denominado, en algunos casos, como presunción de responsabilidad, y en otros, de culpabilidad, y también como presunción irrefragable de culpabilidad, que en la práctica se traduce en una presunción de responsabilidad.

Dicha posición fue apoyada a lo largo del siglo XX, pero vino a ser revaluada en 2009, de manera transitoria, cuando la Corte Suprema de Justicia empezó a cuestionarse si el sistema aplicable debía ser el de presunción de culpa o de responsabilidad o el de la responsabilidad objetiva, para concluir que este último favorecía y protegía integralmente a la víctima. Esto, por cuanto la persona que causaba algún perjuicio en el ejercicio de una actividad considerada peligrosa está obligada a repararlo, a menos que se demostrara exclusivamente algún factor extraño, y se descartara, en todo caso, algún eximente de responsabilidad fundado en la diligencia y el cuidado.

Esta postura genera, a su vez, unas consecuencias de orden probatorio muy importantes, pues, muy a pesar de que las presunciones se soportan en el relevo de la prueba para quien busca beneficiarse de los efectos que la disposición consagra —en el caso del afectado, con el ejercicio de la actividad peligrosa—, se debe orientar solo a acreditar el daño, ello supone que se traslada el *onus*

*probandi* al demandado, quien solamente quedaría exonerado de esta bajo dos variables: 1) con la perspectiva de la presunción de responsabilidad, en caso de que acredite una causa extraña derivada de una fuerza mayor, un caso fortuito, culpa de la víctima o de un tercero, en tanto que si se soporta en 2) la presunción de culpabilidad, se ampliaría el espectro probatorio a la demostración por cuenta de este último de una eventual diligencia y cuidado.

Es decir que si se mueve el debate dentro del escenario de la responsabilidad subjetiva, la víctima tendrá que probar el hecho, el daño y el nexo de causalidad entre estos, y el causante del daño puede exonerarse de responsabilidad probando bien sea diligencia y cuidado al momento en que realizó la actividad, así como la destrucción del nexo causal por medio de una causa extraña, en tanto que si se ubica dentro de la responsabilidad objetiva soportada en la presunción de responsabilidad o de causalidad, el causante del daño solo puede exonerarse probando la existencia de un factor extraño, y queda en manos de la víctima únicamente la prueba del hecho y el daño, sin tener que probar ningún tipo de causalidad.

Con posterioridad al pronunciamiento de 2009, la corte retomó la categoría de presunción de culpabilidad, pero enfatizando en que solo se desvirtúa por la demostración de causa extraña, lo cual genera perplejidad, pues, muy a pesar de moverse dentro de una aparente responsabilidad subjetiva, en el fondo se trata de una responsabilidad objetiva, o, si se quiere, de una presunción irrefragable de culpabilidad, que solamente puede ser desvirtuada a través de la demostración de la causa extraña, lo que a la postre nos lleva, de igual manera, al escenario procesal de relevar de la carga de la prueba a quien sufrió el perjuicio.

Estas posturas jurisprudenciales si bien han agudizado el debate desde la órbita del derecho sustancial, vista con la perspectiva procesal, tienen un mismo significado, pues a la postre se traducen en eximir de la carga de la prueba a la víctima que fue del despliegue de la actividad peligrosa realizada por el victimario, por lo cual el trasfondo del debate debe superar el carácter de presunción que en su momento se les dio a los efectos consagrados en el artículo 2356 del Código Civil, para que se dé aplicación a la carga dinámica de la prueba, que, como nueva tendencia en el ámbito probatorio, faculta al juez para disponer a cuál de las partes le queda más fácil probar a partir de los criterios fijados por el inciso segundo del artículo 167 del Código General del Proceso.



## EL MÉTODO PARA TRANSFERIR LA PROPIEDAD DE MERCADERÍAS EN EL ÁMBITO DEL COMERCIO INTERNACIONAL

### Resumen

Desde hace décadas la transferencia de la propiedad ha sido un tema de vital importancia tanto para el Derecho positivo como para la actividad mercantil, a fin de buscar una explicación de su noción jurídica y, –a la vez– fomentar la construcción de un sistema traslaticio de la propiedad que promocióne la unión de los pueblos de nuestro continente Latinoamericano.

Con esta perspectiva, buscaremos revelar cuál es el paradigma de transferencia de la propiedad que predomina y el que más se adapta a nuestra ámbito jurídico: el *solo consensu* consagrado en el *Code civil* francés o el de la teoría del *título* y el *modo* de linaje romano-castellano. Ejercicio académico que permitirá establecer la pertinencia de cada uno de estos paradigmas ante los retos que plantean los actuales Tratados de comercio internacional, y los futuros proyectos de armonización de normas que eventualmente se susciten en nuestro continente, en coherencia con la tendencia actual del “Derecho uniforme Internacional”.

**Palabras clave:** Transferencia de la Propiedad, Codificación, Latinoamérica, armonización.

## Abstract

For decades, the transfer of property has been a subject of vital importance both for positive law and commercial activities, in order to seek an explanation of its legal notion and, at the same time, encourage the construction of a property transfer system that promotes the union of peoples in our Latin American continent.

With this perspective, the study seeks to identify the property transfer paradigm that predominates and which best suits our legal environment: the *solo consensu* enshrined in the French Civil Code or the theory of *title* and *mode* of the Roman-Castilian tradition. An academic exercise that will allow establishing the relevance of each of these paradigms in face of the challenges posed by current international trade treaties, and of future projects to harmonize regulations that will eventually arise in our continent, consistent with the current trend of “International Uniform Law.”

**Keywords:** Transfer of property, codification, Latin America, harmonization.

## Preámbulo y panorama

Por definición, el contrato de compraventa se perfecciona, por regla general, mediante el simple consentimiento y que su finalidad es la transferencia de la propiedad del vendedor al comprador, aunque dicho traspaso se pueda realizar a través de variados métodos y en diferentes momentos.

La transferencia de la propiedad, un medio derivativo de obtener el dominio, tiene como presupuestos la titularidad del derecho de dueño en el vendedor o transferente, la declaración de voluntad de transferirlo al comprador o adquirente de la cosa y la declaración de voluntad del comprador al aceptarlo. Descátese de este concepto la adquisición del dominio por modo originario, y, en relación con el presente trabajo, la sucesión por causa de muerte.

Al respecto, la principal cuestión que se suscitó en el derecho positivo fue si la manifestación de la voluntad en los actos unilaterales o el consentimiento o el acuerdo de voluntades en los contratos, como elemento esencial, es suficiente para que proceda la transferencia de la propiedad, o si, por el contrario, se necesita, para la validez del acto traslativo, de otros ingredientes; estos son: la justa causa, el modo por *tradición* o entrega de la cosa o la inscripción del acto en cierta clase de registro, entre otros.



Para explicar esta noción jurídica, existen dos grandes sistemas contemporáneos de transferencia de la propiedad, que han influido en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de los países occidentales de tradición romano-germánica; a saber: 1) el sistema del “título y el modo” de estirpe romano medieval, del cual se desprende el método abstracto alemán; y 2) la técnica del *solo consensu*, *consensualista*, o *espiritualista*, como también se le conoce, de innovación francesa<sup>119</sup>. Estos ordenamientos comparten la característica de exigir la celebración de un solo negocio jurídico, en el cual reposan las voluntades del transferente y del adquirente encaminadas a provocar la transferencia de la propiedad<sup>120</sup>; pero se diferencian, respectivamente, en que en uno el contrato de compraventa solo produce la obligación de transferir la propiedad, la cual se cumple a través del acto de la “tradición”, mientras que en el otro, el contrato de compraventa es suficiente para transferir el derecho real. Por su parte, el procedimiento alemán, también conocido como el de *separación del contrato*, se distingue, particularmente, por requerir dos negocios jurídicos: uno obligacional y otro dispositivo, tal como sucede en el de “título y modo”, pero con la particularidad de que los dos negocios jurídicos poseen distintas características y consecuencias en las que reposan las voluntades del transferente y del adquirente dirigidas a provocar la traslación de la propiedad<sup>121</sup>.

<sup>119</sup> Partiendo de que los jurisconsultos romanos exigían para la posesión la “intención y el hecho material” (*animus et corpus*), para la propiedad la voluntad (acto espiritual), y para la ocupación de hecho una tradición o una posesión pública (acto material) durante un tiempo. Se denomina al sistema adoptado por el Código Napoleón espiritualista, porque para transferir la propiedad es suficiente tan solo con la manifestación de las voluntades de los contratantes. , entre otros, Edouard Laboulaye, *Histoire du Droit de Propriété Foncière en Occident* (Paris: Lib. L'Auteur, rue Saint-Hyacinthe-Saint-Michel 33, 1839), 128 y s.s.; y Gumersindo De Azcárate, *Ensayo sobre la Historia del derecho de propiedad y su estado actual en Europa* (Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, T. I, 1879), 117, 118.

<sup>120</sup> La bibliografía es inabarcable; ver, a manera de ejemplo, Ramón Badenes Gasset, *El contrato de compraventa t. I* (Barcelona: José María Bosh S. A., 1995), 60 y s.s.; Emma Adelaida Rocco, *Boleto de Compraventa* (Buenos Aires: Astrea, 1989), 59 y 60; Ernesto C. Wayar, *Compraventa y permuta* (Buenos Aires: Astrea, 1984), 56. Luis Claro Solar, *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado: De las Obligaciones*, t. 10, vol. 1 (Santiago: Imprenta Nascimento, 1936), 16; Freddy Escobar Rozas, *Estudios sobre el contrato en general—por los sesenta años del Código Civil Italiano (1942-2002): El contrato y los efectos reales —análisis del sistema de transferencia de propiedad adoptado en el Código civil peruano—* (Lima: ARA editores, Ed. 2ª, 2004), 218.

<sup>121</sup> Para poder proceder al traspaso del dominio, deberán realizarse dos negocios jurídicos consecutivos e independientes (abstractos): a) Un negocio puramente obligacional (compraventa) y b) Un negocio real y dispositivo, donde se pueda verificar la entrega de la cosa, y se logre de esta manera diferenciar categóricamente el título y el modo. Massimo Cessare Bianca, *Derecho civil: El contrato* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007), 489. Enseña el alemán, Dieter Medicus, *Tratado de las relaciones obligacionales vol. 2*,

A pesar de la anterior dicotomía, provocada, principalmente, por la expedición del Código de Napoleón (1804), el cual impuso en el plano jurídico europeo la aplicación de un seductor sistema consensualista, los “padres del derecho civil latinoamericano” (Andrés Bello, en Chile; Augusto Teixeira de Freitas, en Brasil, y el argentino Dalmacio Vélez Sársfield) decidieron plantear en sus respectivos proyectos codificadores el modelo de un contrato de compraventa incapaz de transferir por sí mismo el derecho de propiedad, tendencia que fue seguida abiertamente por la mayoría de los países latinoamericanos<sup>122</sup>. Sin embargo, algunos códigos de nuestro continente recibieron con mayor fuerza el influjo del *Code civil*, lo cual provocó el surgimiento eventual de nuevos estatutos civiles que enarbolan el principio de la capacidad traslaticia del contrato de venta inmerso dentro de una cultura jurídica heredada de los antiguos *fueros* castellanos que, como las *Siete Partidas*, consagraban un sistema traslaticio que necesitaba el modo por *tradición*.

Si bien el fenómeno descrito hace que, eventualmente, los dos sistemas traslaticios compartan estrechos vínculos sobre los principios que gobiernan

---

Apéndice IV: Artículos del Código Civil (BGB) (Barcelona: Bosch, traducidos, 1995), 900, que como compraventa el § 443 del BGB, define que es un contrato en el cual “se obliga el vendedor de una cosa a entregarla al comprador y a proporcionarle la propiedad de la cosa”. Ver también a José Luis De Los Mozos, “La doctrina de F.C. von Savigny en torno a la transmisión del dominio”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (Julio-agosto 1967), 98 y 99; y la obra de Ludwing Enneccerus, *Tratado de derecho civil-Derecho de las obligaciones*, t. II (Barcelona: Bosch, 1971), 19 y 20.

<sup>122</sup> Entre ellos, Colombia, donde, sin duda, el contrato de compraventa no genera, como regla, el traspaso del derecho real sobre la cosa, sino que, exclusivamente, crea obligaciones entre los contratantes. , Eduardo Rodríguez Piñeres, “Compraventa”. *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia* N.º 56 y 57 (1917): 449: “Conforme a esta definición, tiene en nuestro Derecho la compraventa el mismo carácter tradicional del Derecho romano y el español [...]”. En el mismo sentido, Álvaro Pérez Vives, *Compraventa y permuta en el derecho colombiano*, 2.a Ed. (Bogotá: Temis, 1953), 16 y s.s.; Fernando Vélez, *Estudio sobre el derecho civil colombiano* t. VII (París: París-América, 1926), 200; Jaime Rodríguez Fonnegra, *Del contrato de compraventa y materias aledañas* (Bogotá: Ediciones Lerner, 1960), 149 y s.s.; Arturo Valencia Zea, *De los contratos* Ed. 4ª, t. IV, (Bogotá: Temis, 1975), 61 y s.s.; Cesar Gómez Estrada, *De los principales contratos civiles* (Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1983), 69. Por su parte, comenta Alberto Tamayo Lombana, *El contrato de compraventa su régimen civil y comercial* (Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2004), 37: “Esta característica del contrato de compraventa de ser solamente creador de obligaciones y que implica la necesidad de emplear el modo de la tradición para la transferencia de la propiedad, no es exclusivo del derecho colombiano. También en Chile son iguales los efectos de este contrato, por ser iguales los dos códigos.” “La misma técnica impera en Alemania [...]”. A su vez, expresa Jorge Oviedo Albán, “La transferencia de la propiedad en el contrato de compraventa-Sistema romano germánico”, *Revista Universitas*, N.º 107 (2004): 464: “la compraventa no transfiere el dominio, pero obliga al vendedor a transferirlo”. Ver, igualmente, Luis Alfonso Muñoz, *Derecho romano comparado con el derecho colombiano* (Bogotá: Temis, 2007), 247 y s.s.; y José Alejandro Bonivento Fernández, *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales* (Bogotá: Librería Ediciones del Profesional, 2008), 3 y s.s.

sus desarrollos evolutivos y sus actuales estructuras jurídicas en el contexto latinoamericano, su fusión o su proximidad también han provocado el natural surgimiento de importantes inquietudes sobre la forma de interpretar y valorar sus ajustadas diferencias, como, por ejemplo, en torno a la presencia de la obligación de transferir, sobre la utilidad de la tradición o entrega, acerca del influjo de la sinalagmaticidad en la compraventa, la cuestión de la asunción de los riesgos en la cosa vendida, la pertinencia de la formalidad o la solemnidad y la mejor manera de explicar la consecuencia de vender bienes ajenos, entre otros cuestionamientos que, implícitamente, tienden hacia la consolidación paulatina de un esquema traslaticio conveniente para Latinoamérica.

Así pues, en estos tiempos modernos, cuando el dinámico y cada vez más complejo desarrollo del comercio exige la cohesión de los pueblos, creemos que la posible unidad del sistema traslaticio de la propiedad se convierte en un medio óptimo para propiciar el crecimiento económico de nuestro continente de cara al mercado global. De ahí que se vuelva necesario estudiar las razones histórico-jurídicas que derivaron en el desarrollo de la técnica del *solo consensu* en Francia y su impacto en América, para intentar evaluar mejor sus similitudes y sus diferencias respecto a la teoría del título y el modo, a fin de poder ofrecer un punto de apoyo académico que permita establecer cuál de ellos tiene una mayor pertinencia ante los desafíos que plantean, *verbigracia*, los actuales tratados de integración comercial y los futuros procesos de armonización de normas subcontinentales que se susciten, en conexión con la tendencia actual del “derecho uniforme internacional”.

Es decir, tratar de brindar una perspectiva objetiva sobre cuál de los dos esquemas de compraventa predomina y es el más adecuado para ser aplicado en nuestra área geográfica-cultural: el *eficazmente real* o el *estrictamente obligacional*, en comparación con las más representativas codificaciones civiles de estirpe romano-germánica vigentes: los parámetros fijados por la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980 y algunos de los anteproyectos de unificación contractual que desde hace décadas vienen fraguándose en el seno de la Comunidad Europea de Naciones.

## La tendencia internacional

Desde la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, de 1928, se han desarrollado varios trabajos encaminados a unificar las reglas relativas a las normas sobre conflictos de leyes en el contrato de compraventa, que se materializaron en la aprobación del Convenio de 1964 sobre “formación y venta internacional de objetos muebles”, y, en definitiva, con la expedición del Convenio de 1986 sobre la “Ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías”. No obstante, cabe anotar que la propuesta de una regulación amplia del concepto de compraventa de La Haya fue enriquecida por los documentos del Instituto de Roma para la Unificación del Derecho Privado, más conocido como Unidroit, relativos a la consolidación de los principios materiales o sustantivos del contrato de compraventa internacional, que se vienen desarrollando desde 1930 y publicando a partir de 1935<sup>123</sup>.

Los mencionados trabajos de La Haya y de UNIDROIT, finalmente, constituyeron la base para la redacción del documento de la Convención de Viena de 1980 sobre “compraventa internacional de mercaderías”; consecuentemente, se consolidó una tendencia conceptual uniforme, pero general, del contrato de venta en los textos modernos del derecho internacional privado.

En efecto, el texto de Viena no contiene una definición expresa de compraventa que facilite identificar el tipo de sistema traslativo de la propiedad adoptado; para ello, es necesario consultar los artículos 30 y 53 de la Convención, que tratan sobre las obligaciones de las partes<sup>124</sup>, ejercicio que nos permite obtener el prototipo tradicional del concepto de venta manejado por la mayoría

<sup>123</sup> Conférence de la Haye de droit international Privé, Convenio de La Haya del 22 de diciembre de 1986 sobre la Ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de Mercaderías, Estatutos de Unidroit-International Institute For The Unification Of Private Law. Principios UNIDROIT-sobre los contratos comerciales internacionales (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004). En relación con la historia legislativa internacional, entre otros, De Castro y Bravo. “La séptima sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado-El Proyecto de Convenio sobre la ley aplicable a las ventas de carácter internacional de objetos muebles corporales”, Revista Española de Derecho Internacional (1952), 3 y s.s.; y Pilar Perales Viscasillas, “Hacia un nuevo concepto de compraventa”, Revista Actualidad Civil, N.º 4. (2003), 12 y s.s.

<sup>124</sup> Convención de Viena (1980)-Art. 30: “El vendedor deberá entregar las mercaderías, transmitir su propiedad y entregar cualesquiera documentos relacionados con ellas en las condiciones establecidas en el contrato y en la presente Convención.” Art. 53: “El comprador deberá pagar el precio de las mercaderías y recibirlas en las condiciones establecidas en el contrato y en la presente Convención”. (negritas fuera de texto). En este punto, es del caso advertir que en los trabajos de La Haya y de la Convención de Viena no se regulan las compraventas prediales, las cuales quedan reservadas al derecho interno de cada país.

•El método para transferir la propiedad de mercaderías en el ámbito del comercio... •

de países: “contrato en virtud del cual el vendedor está obligado a entregar unas mercaderías, transmitir su propiedad y, eventualmente, hacer entrega de todos los documentos relacionados con ellas, mientras el comprador está obligado a pagar el precio y a recibir las mercaderías”<sup>125</sup>; así pues, la presencia evidente de la obligación de transferir la propiedad por parte del vendedor parece excluir la aplicabilidad de la técnica consensualista, donde el contrato posee una eficacia real; esto es, aparentemente la Convención vienesa se inclina hacia un sistema de *título y modo*<sup>126</sup>.

Otro argumento que puede inducir a sostener que la aplicabilidad de una venta eficazmente real está descartada del Acuerdo de Viena según lo regulado por su artículo 69 numeral 1º, en el cual el traspaso de los riesgos, al igual que como sucede con la propiedad, es determinado por la entrega, y no por el contrato directamente: “el riesgo se transmitirá al comprador cuando éste se haga cargo de las mercaderías o, si no lo hace a su debido tiempo, desde el momento en que las mercaderías se pongan a su disposición e incurra en incumplimiento del contrato al rehusar su recepción”<sup>127</sup>.

Sin embargo, esta percepción normativa de pretender excluir la eficacia real del contrato del ámbito normativo de la Convención de Viena no puede sostenerse,

<sup>125</sup> Expone Franco Ferrari, La compraventa internacional-Applicabilidad y aplicaciones de la Convención de Viena de 1980 (Valencia: Tirant lo Blanch, 1999), 118-120: “La primera cuestión a la que hay que responder atañe al significado de venta o sale, debiéndose recordar que este tipo de contrato no ha sido expresamente definido ni por la Convención de Viena ni por las Convenciones de La Haya de 1964. Según otro sector doctrinal, por contra, esta falta de definición se ‘justificaría en la oportunidad de no cargar el trabajo de elaboración de los textos convencionales con cuestiones de naturaleza dogmática, sobre las cuales, por una parte, sería difícil alcanzar un consenso generalizado, dada la diversidad de tradiciones jurídicas de los Estados contratantes y, por otra, porque en la aplicación práctica no surgen problemas concretos de interpretación’”. “A pesar de la definición expresa de la noción de compraventa, esta se puede obtener del conjunto de derechos y obligaciones de las partes [...]”. Por su parte, hay otros que opinan, v.gr., Perales Viscasillas, “Hacia un nuevo concepto”, 9, que “uno de los grandes defectos de la Convención es que si bien se refiere a la obligación del vendedor de transmitir la propiedad de las mercancías (art. 30 CNUCCIM), no regula las cuestiones referentes a dicho traspaso (art. 4 b) CNUCCIM), debido, sobre todo, a las dificultades de armonizar los diferentes sistemas de transmisión de la propiedad, siendo esta la gran asignatura pendiente en el derecho uniforme”. Enrique Seco Caro, El contrato mercantil de compraventa (Madrid: Marcial Pons, 2009), 312: “A pesar de la claridad de estos preceptos, el tema de la transmisión de la propiedad viene acompañado en la Convención de cierta polémica y ha planteado a la doctrina algunas cuestiones y discusiones”.

<sup>126</sup> Ver, una vez más, Ferrari, La compraventa, 121. Por su parte, otros doctrinantes sostienen que, en definitiva, en la Convención de Viena impera un sistema de título y tradición; entre otros, Carlos de Cores y Giuseppe Gandolfi, Código europeo de contratos (Bogotá: Temis-Biblioteca Iberoamericana de Derecho, 2009), 23.

<sup>127</sup> Ver diversos argumentos al respecto en De Cores, Código europeo, 15, y, en contraposición, Seco Caro, El contrato mercantil, 312. Ferrari, La compraventa, 121.

porque, en primer lugar, la cuestión del efecto exclusivamente obligacional o real del contrato de venta fue claramente excluido; además, porque el acuerdo vienés, ante la dificultad de llegar a una fórmula uniforme en esta materia, se remite, en cuanto a los requisitos para la transferencia de la propiedad, al derecho interno de cada país (Art. 6), el cual será el que aclare y estipule tanto el instante como la forma y las condiciones de la transmisión de la propiedad<sup>128</sup>; y en tercer lugar, debido a que esta forma de discriminación limitaría excepcionalmente la aplicación de la Convención de Viena<sup>129</sup>.

Por su parte, en la Unión Europea se han puesto en marcha, desde 1989, varios grupos de trabajo orientados al diseño de un código europeo de los contratos. A comienzos de la década de 1990 nació la Academia de ius-privatistas europeos, por sugerencia del Parlamento Europeo, como asesora científica de la Comisión Europea con sede en la Universidad de Pavía, con la misión de contribuir “a la unificación y a la futura interpretación y aplicación del Derecho privado en Europa, en el espíritu de las convenciones comunitarias”<sup>130</sup>. Este grupo, fundado el 9 de noviembre de 1992 por los juristas Alberto Trabucchi, Franz Wieacker, André Tunc, José Luis de los Mozos, Peter Stein, Giuseppe Gandolfi y Antonio Brancaccio, elaboró el anteproyecto del *Código Europeo de los Contratos* (CEC) con la participación de más de sesenta juristas de todas las naciones europeas, dirigidos por el catedrático Gandolfi, sobre la base del *Contract Code* de Harvey MacGregor y del Libro IV del Código Civil italiano de 1942<sup>131</sup>.

<sup>128</sup> Al respecto, ver nuevamente, Enrique Seco Caro, *El contrato*, 312. En igual sentido, ver otra vez, Ferrari, *La compraventa*, 121 y 122.

<sup>129</sup> “Como recientemente lo ha recordado la jurisprudencia alemana, de las materias reguladas por la misma Convención que claramente establece que ‘ésta no concierne [...] a los efectos que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercaderías vendidas’. Lo que genera la existencia de una situación en parte inícuu: mientras en países como Alemania, Austria o Suiza, la transmisión de la propiedad se produce solo con la entrega del bien y, por tanto, el principio *res perit domino* no queda superado, en los países en que, por contra, la transmisión de la propiedad se produce solo consensu, no se da una coincidencia entre la transmisión de la propiedad y la transmisión del riesgo, por lo que corresponde al vendedor soportar el riesgo de la pérdida de la cosa, a pesar de no ser ya propietario del bien objeto de la compraventa”. Ver de nuevo, Ferrari, *La compraventa*, 123.

<sup>130</sup> Academia Jusprivatista europea, < [www.accademiagiurprivatistieuropei.it](http://www.accademiagiurprivatistieuropei.it) > [Consulta: 25 de abril de 2018]; y reseña sobre el particular de Atilio Anibal Alterini, “La lengua franca internacional en el Derecho de los contratos”. En *Estudios de derecho privado en homenaje a Christian Larroumet* (Bogotá: Universidad del Rosario, Ed. 1ª, 2008), 83 y 84.

<sup>131</sup> De Cores, *Código europeo*, 16-18.

•El método para transferir la propiedad de mercaderías en el ámbito del comercio... •

La primera parte del anteproyecto del Código Europeo de Contratos, o código del “Grupo de Pavía”, como también se lo conoce, debutó en el ámbito académico en 1997; fue publicado por primera vez en 2001 e impreso en español en 2009<sup>132</sup>.

El Código del “Grupo de Pavía” plantea que “salvo pacto expreso en contrario, el contrato estipulado con la finalidad de transmitir la propiedad de una cosa mueble o de constituir o transferir un derecho real sobre la misma produce efectos reales, tanto entre las partes como respecto de terceros, desde el momento de la entrega de la cosa a quién tiene derecho a ella, o a la persona encargada por él de recibirla, o al transportista que, en virtud de pacto, debe proceder a la entrega” (Art. 46 numeral 1). Esta regla —de título y tradición<sup>133</sup>— aplica para la circulación de bienes muebles no registrables. Diferente, por pura lógica, es la solución en el caso de bienes muebles registrables o inmuebles, en cuyo caso los efectos reales (*erga omnes*) no se producen sino a partir de que se hayan satisfecho las formalidades de publicidad en el respectivo registro<sup>134</sup>.

De acuerdo con lo anterior, el “Código de Pavía” define la compraventa como un “contrato mediante el cual el vendedor se obliga a transmitir o transmite la propiedad de un bien, o de un derecho sobre el mismo, al comprador, el cual se obliga a pagar o paga al vendedor un equivalente en dinero (precio) de curso corriente [...]”, con la precisión de que “También hay compraventa, cuando el vendedor, de acuerdo con el comprador, se obliga a transmitir o transmite la propiedad del bien, o de un derecho sobre el mismo, a un tercero” (Art. 174); por

<sup>132</sup> Libro I: De los contratos en general y Libro II, título I: de la compraventa. De Cores, Código europeo, 7 y s.s.

<sup>133</sup> Al respecto, opinan De Cores, et al. Código europeo, 23: “Si bien pudiera pensarse que el Anteproyecto habría de volverse a consagrar el principio consensualístico, vigente tanto en el código francés como en el italiano, según el cual la propiedad se transfiere con el mero contrato, sin necesidad de modo (tradición), contrariamente, el art. 46 del Anteproyecto retorna a las fuentes romanas [...]”; “Ciertamente, no ha sido esta solución motivada por un fin revisionista o de adopción de una tesitura teórica, sino como consecuencia de la observación práctica de que esa solución es la que mejor combina con la normativa más extendida en el comercio internacional, ya que, tanto la solución de La Haya como la Convención de Viena en materia de compraventa internacional, colocan el punto clave en el traspaso de la propiedad y de los riesgos en la entrega y no en el contrato”.

<sup>134</sup> Respecto a los bienes muebles registrables y de los inmuebles y en lo que a los efectos reales respecta, propone “que siguen siendo de aplicación, en los distintos Estados, las reglas vigentes en los mismo en el momento de la adopción de este Código. En cualquier caso, respecto de los bienes muebles registrables y de los inmuebles, los efectos reales únicamente se producen en el momento en que se han cumplido las formalidades de publicidad previstas en el lugar en que se encuentra el bien inmueble o aquél donde bien mueble registrado debe ser entregado al que tiene derecho al mismo” (Art. 46 numeral 3). Concordante Arts. 175 y 176 del Código de Pavía sobre transmisión de la propiedad en inmuebles y muebles. De Cores et al., Código europeo, 23.

ello, en alusión a los riesgos por pérdida o deterioro del bien objeto de la venta, es natural evidenciar que el proyecto estipula que los peligros son asumidos por el comprador desde el instante de realizada la entrega<sup>135</sup>. En conexión, la Academia de Pavía considera que el principio de la posesión vale título es el idóneo para la salvaguardia del derecho de propiedad del adquirente de buena fe de bienes muebles, precepto que se aplica, *verbigracia*, en el evento de enajenarse una misma cosa mueble o el mismo derecho real o personal de goce a varios sujetos (Art. 47), y en la compraventa de bienes ajenos, al determinar su validez (Art. 183)<sup>136</sup>.

A su vez, a fines de los ochenta del siglo XX, se conformó la Commission on European Contract Law, presidida por el profesor Olé Lando, y más conocida como la “Comisión Lando”. Esta comisión elaboró los denominados *Principles of European Contract Law*, cuya última versión apareció en 2002<sup>137</sup>.

Partiendo de los trabajos de la Comisión Lando, que fueron expresamente apreciados por el Parlamento Europeo en 1994 (Dirección General de Ciencias), este organismo legislativo ordenó un estudio que se publicó con el título *Investigación del ordenamiento del derecho privado de UE con vistas a la discriminación y la creación de un Código civil europeo*<sup>138</sup>. El director general de este trabajo, en el que participaron destacados académicos, fue el profesor Christian von Bar, quien actualmente preside el Study Group on European Civil Code<sup>139</sup>, que nació de la Comisión Lando en 1998.

Este grupo presidido por von Bar asumió la tarea de proyectar un modelo de Código Civil para los países miembros de la Comunidad Europea tomando como base los principios contractuales de Unidroit y de la Commission on European

<sup>135</sup> Arts. 46 numeral 4: “En los casos previstos en los párrafos precedentes, la pérdida o el deterioro de la cosa son a riesgo del adquirente a partir del momento en que, él mismo, o la persona encargada de recibirla o en transportista que, según acuerdo, debe cuidar de la entrega, han recibido la entrega de la cosa” (concordante Art. 197 numeral 3).

<sup>136</sup> Criterio que es reforzado al estipularse que cada parte es responsable de los daños que sus actos causen a los terceros que, en virtud del contrato, confiaron, de buena fe, en los supuestos de inexistencia, nulidad, anulación, ineficacia, inoponibilidad, rescisión, resolución y desistimiento (Art. 161).

<sup>137</sup> Olé Lando y Hugh Beale, *Principles of European Contract Law* (The Hague, 2002).

<sup>138</sup> Estudio JURI 103 DE y EN, 10-1999. Ver en documento de trabajo del 6 de noviembre de 2000 del Parlamento Europeo-Sobre el Acercamiento del derecho civil y mercantil de los Estados miembros de la comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior.

<sup>139</sup> Christian von Bar, Study Group on European Civil Code, European Private Law, Private International Law and Comparative Law, Universität Osnabrück-Germany.



•El método para transferir la propiedad de mercaderías en el ámbito del comercio... •

Contract Law y de gran parte de la normatividad contenida en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías<sup>140</sup>.

Por medio del documento de *Draft common frame of Reference*, sobre la compraventa, el Study Group on European Civil Code plantea un esquema de contrato de compraventa estrictamente obligacional<sup>141</sup>, en el que el vendedor tiene entre sus obligaciones transmitir la propiedad de los bienes y entregarlos<sup>142</sup>, y el comprador, el deber de pagar el precio y recibir los bienes junto con cualquier documento representativo o relacionado con los bienes objeto del contrato<sup>143</sup>; ello pone el punto clave de la transferencia de la propiedad y la transferencia de los riesgos<sup>144</sup> en el acto de la entrega, y no en el contrato, tal como también se propone en la Convención de Viena de 1980, pero con unas reglas más claras en cuanto a la aplicabilidad territorial de la ley, heredadas de la Comisión Lando<sup>145</sup>,

<sup>140</sup> Ver estudio JURI 103 DE y EN, 10-1999. Ver en documento de trabajo del 6 de noviembre de 2000 del Parlamento Europeo-Sobre el Acercamiento del derecho civil y mercantil de los Estados miembros de la comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior.

<sup>141</sup> Principles of European Law, "Study Group on European civil Code-Sales (PEL S)", Munich, European Law Publishers, vol. 6 (2008): 85: Capítulo 1, sección 1, art. 101: Compraventa de bienes (1) Los presentes Principios se aplicarán a los contratos de compraventa. (2) Un contrato de compraventa es un contrato en virtud del cual una parte, el vendedor, se obliga frente a la otra parte, el comprador, a transmitir la propiedad de los bienes al comprador o a un tercero en el momento de la celebración del contrato o en un momento posterior, y el comprador se obliga a pagar el precio.

<sup>142</sup> Principles of European Law, 86: Capítulo 2, Artículo 001: Visión de conjunto de las obligaciones del vendedor El vendedor tiene la obligación de: (a) transmitir la propiedad de los bienes; (b) entregar los bienes; (c) entregar cualquier documento representativo o relacionado con los bienes objeto del contrato; y (d) garantizar que los bienes son conformes con el contrato.

<sup>143</sup> Principles of European Law, 89: Capítulo 3, Artículo 001: Visión de conjunto de las obligaciones del comprador.

<sup>144</sup> Principles of European Law, 94: Capítulo 5, Artículo 101: Momento de transmisión del riesgo (1) El riesgo se transmitirá cuando el comprador reciba los bienes o los documentos representativos.

<sup>145</sup> The Principles Of European Contract Law-Completed and revised versión (1998), Artículo 1:101: Aplicación de los principios: 1. Los presentes principios tienen por finalidad ser aplicados como reglas generales del Derecho de los contratos en la unión europea. 2. Serán de aplicación cuando las partes hayan acordado incorporarlos al contrato o someter su contrato a los mismos. 3. También podrán aplicarse cuando las partes: a) Hayan convenido que su contrato se rija por los "principios generales del Derecho", la "Lex Mercatoria" o hayan utilizado expresiones similares. b) No hayan escogido ningún sistema o normativa legal que deba regir su contrato. 4. Los presentes principios pueden aportar soluciones a cuestiones no resueltas por el ordenamiento o la normativa legal aplicable. Artículo 1:102: Libertad Contractual: 1. Las partes son libres para celebrar un contrato y establecer su contenido, dentro del respeto de la buena fe y de las normas imperativas dispuestas por los presentes principios. 2. Las partes pueden excluir la aplicación de cualesquiera de los presentes principios o derogar o modificar sus efectos, salvo que los principios hubieran establecido otra cosa. Artículo 1:103: Normas imperativas: 1. Cuando el Derecho en otro caso aplicable lo permita, las partes pueden optar por regir su contrato conforme a los presentes principios, excluyendo así la aplicación del Derecho imperativo nacional. 2. No obstante, deberán respetarse las normas imperativas del Derecho nacional, supranacional o internacional que sean aplicables según las normas de Derecho internacional privado, con independencia de la normativa que rija el contrato.

y que permiten indicar con mayor confianza que el sistema traslaticio del *solo consensu* pierde protagonismo en la codificación del derecho privado de la Unión Europea.

En el área latinoamericana, a diferencia de lo regulado por la Convención de Viena de 1980 y de lo que sucede en la Unión Europea, no hay una reglamentación o un anteproyecto de código único consolidado en materia de compraventa. Por el momento, existen algunas previsiones de carácter muy general sobre contratación, establecidas en algunos tratados internacionales sobre derecho conflictual, y que actualmente están vigentes en algunos Estados de la región; dentro de ellos se destacan los Tratados de Montevideo de derecho internacional privado de 1889 y 1940; el Código de Derecho Internacional Privado, de 1928 (Código Bustamante), y la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, de 1994<sup>146</sup>.

Los citados textos convencionales coinciden en someter los contratos internacionales sobre mercaderías a la ley del país donde estos deben cumplirse, o según lo acuerden las partes contratantes en lo concerniente a la existencia, la naturaleza, la validez, los efectos y las consecuencias del contrato, así como su ejecución, sin hacer mención específica al contrato de venta o al método para transferir los derechos reales<sup>147</sup>.

<sup>146</sup> Véanse las opiniones sobre esta cuestión en José Luis Siqueiros Prieto, "La codificación del Derecho internacional privado en el continente americano". Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana No. 14. (México: Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1982), 239 y s.s. Igualmente, consúltese, Tatiana B. de Maekelt, Normas Generales de derecho internacional Privado en América (Caracas: UCV-Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 1984), 38 y s.s.; Alejandro M. Garro, "Armonización y unificación del derecho privado en América Latina: esfuerzos, tendencias y realidades". Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana No. 22. (México: Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones jurídicas, 1993), 225 y s.s. Particularmente en relación con el tratamiento de los contratos traslativos de la propiedad en América Latina: Didier Operti Badán, "El estado actual del tratamiento jurídico de los contratos comerciales internacionales en el continente americano". En Los Principios de Unidroit: ¿Un Derecho común de los contratos para las Américas? Actas Congreso Interamericano en Valencia-Venezuela/1996 (Roma: Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, 1998), 32. María M. Albornoz, "Normas de conflicto sobre contratos internacionales en los países del MERCOSUR"; en Derecho Privado, Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, coord. J. Adame Goddard (México: Universidad Nacional Autónoma de México, Ed. 1ª, 2005), 337.

<sup>147</sup> Arts. 34 y 38 de los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, respectivamente; Arts. 185 y 186 del Código Bustamante, y Arts. 3 y 6 de la Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales.

## Consideraciones finales

El análisis de algunas de las propuestas de armonización más representativas sobre la técnica de transferencia de la propiedad en el plano internacional revela un acercamiento gradual entre el sistema del *solo consensu* y el paradigma causalista del título y el modo, que, finalmente, confluirá en la superación de sus diferencias teóricas.

Las diversas causas de índole política, cultural, económica y sociojurídica que durante décadas justificaron los desacuerdos existentes entre el sistema del *solo consensu* y la teoría del títulos y el modo, hoy son cosa del pasado, pues la presencia de los principios romanistas en los diferentes proyectos internacionales de unificación, junto con el influjo de la globalización, exige cada vez la adopción de un modelo unificado de compraventa que dinamice y brinde seguridad al intercambio mundial de mercaderías.

Esta necesidad conlleva una marcada tendencia de adoptar la compraventa estrictamente obligacional, la cual es la que mejor ha demostrado adaptarse a las exigencias modernas. La presencia del requisito de la entrega de la mercancía en calidad de modo adquisitivo de la propiedad y la publicidad del contrato son evidencias del papel vital y de la característica universal de la obligación de transferir la propiedad en las diferentes propuestas de armonización occidentales.



## SOBRE EL DERECHO EUROPEO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

### Resumen

La responsabilidad civil en Europa ha pasado por un proceso de permanente transformación. En este proceso han surgido nuevos supuestos de responsabilidad civil que tienen lugar sea en virtud a la labor creativa de los jueces así como también por la intervención del legislador. En los últimos años se asiste a un proceso de armonización del derecho de daños, en cuyo marco surgen textos europeos que buscan aportar soluciones indemnizatorias al problema que plantean los daños que surgen sobretudo en contextos de actividades riesgosas, productos defectuosos, daños generados por una organización empresarial, entre otros.

**Palabras clave:** Derecho europeo de daños, PETL, DCFR, armonización del derecho europeo, responsabilidad por culpa, responsabilidad objetiva.

### Abstract

Civil liability in Europe has gone through a process of permanent transformation. During this process, new cases of civil liability have arisen due to the creative work of judges and the intervention of legislators. In recent years, we witness a process to harmonize the law of damages, with the appearance of European texts that seek to provide compensation solutions to the problem posed by damages

that arise, above all, in contexts of risky activities, defective products, damages generated by a business organization, among others.

**Keywords:** European law of damages, Principles of European Tort Law (PETL), Draft Common Frame of Reference (DCFR), harmonization of European law, fault-based liability, strict liability.

### Los paradigmas del derecho europeo de la responsabilidad civil

El reconocimiento del panorama normativo y jurisprudencial italiano sobre los criterios de imputación de la responsabilidad civil no sería completo si no se diera cuenta de los supuestos especiales adicionales que existen en el ordenamiento jurídico, de derivación comunitaria. De hecho, solo en el contexto de la elaboración normativa eurounitaria se ha percibido la necesidad de introducir en los Estados miembros unos regímenes armonizados de tutela civilista, para ciertas categorías de sujetos dañados. El tipo peculiar de “víctima” que se toma en cuenta halla en el *consumidor* o en el *inversionista* su propia referencia: en el polo opuesto, en el papel de “dañante”, se encontrará, entonces, típicamente, la empresa, el proveedor de servicios, el titular de una posición de fuerza sustancial que merece ser corregida mediante la introducción de criterios peculiares para la atribución de la responsabilidad civil. Con tal propósito, se requiere, sin embargo, un *caveat* sobre la necesidad de distinguir, en el análisis, el aporte de la Unión Europea y la transposición (a menudo, tímida) en la legislación interna.

A este esquema corresponde, en primer lugar, la Directiva 85/374 / CEE, relativa a la responsabilidad por productos defectuosos, recibida en la legislación italiana mediante el DPR 24 de mayo de 1988 n. 244, y luego transpuesta en el contenido de los artículos. 114 ss. del Código del Consumidor (Decreto Legislativo No. 206 del 6 de septiembre de 2005)<sup>148</sup>. Este tipo de responsabilidad puede parecer, a primera vista, un caso de imputación objetiva del daño, ya que los criterios de atribución y exclusión de responsabilidad se ponen sobre un plano de objetividad estricta. El propio Considerando Segundo de la Directiva aclara que

<sup>148</sup> En la que ver., Ej., Carlo Castronovo, “Danno. VII. Danno da prodotti-Dir. it. e stran.”. En *Enciclopedia Giuridica* XI (Roma: Treccani, 1991); También Roberto Pardolesi y Giulio Ponzanelli, “I 25 anni di products liability”, *Danno e Resp. Speciale* (2012), así como Roberto Pardolesi y Giulio Ponzanelli, *La responsabilità per danno da prodotti difettosi. Commentario* (Padova: Cedam, 1989), 497 y s.s.; Guido Alpa et al., *La responsabilità per danno da prodotti difettosi* (Milano: Giuffrè, 1990).

“solo la responsabilidad del productor, independientemente de la culpa, constituye una solución adecuada al problema, propio de nuestra época de creciente tecnicismo, de un reparto equitativo de los riesgos inherentes a la producción técnica moderna”<sup>149</sup>. La formulación de la disciplina confirma dicho enfoque. En realidad, el artículo 114 del Código del Consumidor prevé que “el productor es responsable de los daños causados por los defectos de su producto”, y el sucesivo artículo 118 introduce unas hipótesis de exclusión de la responsabilidad relacionada con las circunstancias de carácter objetivo (por ejemplo, el hecho de que el producto no se haya puesto en circulación, o que el defecto no existía en el momento de la distribución). Sin embargo, cabe señalar que en la aplicación práctica la categoría del “defecto” ha dado lugar a unas desviaciones del modelo objetivo de responsabilidad. En efecto, desde el momento en que el propio artículo 120 del Código del Consumidor establece que corresponde a la víctima “probar el defecto, el daño y la relación causal entre el defecto y el daño”, la jurisprudencia ha observado que ese régimen no corresponde a una responsabilidad objetiva absoluta (la cual, por el contrario, requeriría exclusivamente la prueba del nexo entre el producto y el daño), sino a una responsabilidad presunta<sup>150</sup>. En la práctica, al imponerse a la víctima una prueba muy rigurosa del defecto, y considerando que este consista en la falta de requisitos de seguridad generalmente requeridos por el usuario en relación a las circunstancias específicamente indicadas en el artículo 5 (art. 117 de Código del Consumidor) o por otros elementos valorables en concreto y concretamente evaluables por el juez de mérito, dentro de cuyo ámbito, por supuesto, pueden y deben considerarse los estándares de seguridad eventualmente impuestos por las reglas de la materia, la praxis aplicativa retorna a modelos argumentativos distantes de responsabilidad objetiva: “la valoración de los conceptos como la aplicabilidad de los estándares y la normalidad de las condiciones de uso traslada fatalmente la indagación sobre el plano de la

<sup>149</sup> Ver: Daniela Caruso y Roberto Pardolesi, “Per una storia della Direttiva 1985/374/CE”, *Danno e resp. Speciale* (2012): 14 y s.s. En realidad, incluso de cara a la opción clara para el repudio de la culpa, la referencia a factores tales como la expectativa de la seguridad y el ajuste a las advertencias y el uso han determinado que se evapore “la simplicidad seductora de paradigma de la responsabilidad objetiva”.

<sup>150</sup> Así, Cass. Civ., Sec. III, Sentencia del 15 Marzo 2007, N°. 6007, *Foro Italiano*, 2007, 9, 2413 y con nota de Alessandro Palmieri, “Difetto e condizioni di impiego del prodotto: ritorno alla responsabilità per colpa?” *Resp. civ. e prev.*, 7-8 (2007): 1587 y s.s., con nota de Marilena Gorgoni, “Responsabilità per prodotto difettoso: alla ricerca della (prova della) causa del danno”.

culpa”<sup>151</sup>. Se ve, por lo tanto, cómo ya en este primer contexto le resulta difícil a la jurisprudencia emanciparse —al menos, en el plano lingüístico— de categorías subjetivistas como la diligencia y la cautela.

Otro sector, al cual ya se ha hecho referencia, en el contexto de los supuestos especiales de responsabilidad, de derivación directa europea, se encuentra en el campo de la llamada *data protection*: un “derecho a la protección de datos personales”, de hecho, se introdujo en la ley italiana, con la ley N° 675 del 31 diciembre de 1996, en aplicación de la Directiva Comunitaria 95/46 / CE (relativa a la “protección de las personas físicas respecto al tratamiento de los datos personales, así como a la libre circulación de estos datos”). Ya en el artículo 23° de dicha directiva se ha contemplado la necesidad de que “cualquiera que sufra un daño ocasionado por un tratamiento ilícito o por cualquier otro acto incompatible con las disposiciones nacionales de actuación de la presente Directiva tiene derecho a obtener el resarcimiento del daño sufrido del responsable del tratamiento”, con la precisión que “el responsable del tratamiento puede ser exonerado en todo o en parte de su responsabilidad si prueba que el hecho dañoso no le es imputable” (previsión que, como se ha visto, se ha traducido en el ordenamiento italiano con el reenvío al artículo 2050 del Código Civil)<sup>152</sup>. La siguiente Directiva 2002/58/CE no alteró el régimen de responsabilidad, y se remitió en el artículo 15° a las disposiciones de la legislación anterior<sup>153</sup>. El mismo Reg UE. 2016/679<sup>154</sup>, que intervino para actualizar la disciplina, reitera en el artículo 82 que “cualquier persona que sufra un daño material o inmaterial causado por un incumplimiento

<sup>151</sup> Así, Alessandro Palmieri. “Difetto e condizioni di impiego del prodotto: ritorno alla responsabilità per colpa?”, Foro it. 9 (2007): 1587: “Introduce en el debate unos criterios de discreción, ligados a su vez a unos parámetros como la normalidad de las condiciones de uso del producto o los estándares exigibles de seguridad, dirigidos a alimentar la impresión según la cual se esté produciendo un significativo debilitamiento del régimen agravado previsto para los daños derivados de producto defectuoso [...] La sentencia 6007/07 se refiere a un recorrido un tanto tortuoso y propone un criterio de imputación que termina por traicionar el modelo de la responsabilidad estricta, en el cual se inspira la disciplina interna (al igual que su progenitora directa de la Comunidad)”. Ver, también, Camilla Baldassarre, “La responsabilidad del producto, daños a ser compensados, carga de la prueba y la lógica jurídica”, Daños y resp. 5 (2014): 489.

<sup>152</sup> Ver: Ettore Giannantonio, La tutela dei dati personali. Commentario alla L. 675/1996 (Padova: Cedam, 1997).

<sup>153</sup> Ver: La protezione dei dati personali. Commentario al d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196, I, a cura di Cesare Massimo Bianca e Francesco Donato Busnelli (Padova: Cedam, 2007); Juri Monducci, Giovanni Sartor, Il codice in materia di protezione dei dati personali: commentario sistematico al d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (Padova: Cedam, 2004).

<sup>154</sup> En relación con lo cual, ver: Enrico Pelino et al., Las regulaciones europeas de privacidad. Comentario a las nuevas normas sobre protección de datos personales (Milan: Giuffrè, 2016).



de este reglamento, tiene derecho a solicitar la reparación del daño causado por el titular del tratamiento de los datos o del responsable del tratamiento”, con la precisión de que los titulares y los responsables en caso de daños causados por incumplimientos del reglamento están exentos de responsabilidad si demuestran que el hecho dañoso no les es imputable de modo alguno. Por tanto, El reglamento ha precisado que el titular y el responsable del tratamiento responden en presencia de una culpa “específica” y objetivada en el incumplimiento de las prescripciones técnicas previstas para el tratamiento de datos personales (por tanto, en coherencia con cuanto se ha observado acerca del reenvío al artículo 2050 C.C. y la referencia a una especie de “diligencia sectorial” fuertemente integrada con las específicas disposiciones técnicas y con la búsqueda de las mejores medidas disponibles para una protección más completa de los usuarios, titulares de los datos personales).

Unas exigencias paralelas de protección al consumidor se puede encontrar también en el *corpus*, de fuente europea, relativo al *private enforcement* del derecho *antitrust*<sup>155</sup>. Este sector ha sido recientemente innovado por el Decreto Legislativo N. 3/2017, sobre la base de la Directiva. 2014/104/UE<sup>156</sup>. Sin embargo, la armonización de las reglas de responsabilidad es solo parcial, pues nada se dice acerca de los elementos esenciales del ilícito, hasta el punto de que se sostiene como necesaria la referencia al artículo 2043 C.C.<sup>157</sup>. En realidad, para determinar los criterios de imputación es posible tener en cuenta las indicaciones que ofrece la Comisión Europea en el Libro Blanco sobre las acciones resarcitorias por violación del derecho *antitrust*<sup>158</sup>: en cuanto al *fault requirement*, la comisión sugiere a los Estados miembros que requieren la prueba del dolo o de la culpa que prevean, por el contrario, que la víctima debe limitarse a demostrar la infracción de la disciplina *antitrust* y que sea el transgresor, automáticamente

<sup>155</sup> Ver: Barbara Lilia Boschetti, “Enforcement del diritto antitrust e risarcimento del danno”, *Conc. e mercato* 1 (2013): 27 ss.; Guido Alpa, “Illecito e danno antitrust. Un dialogo tra le Corti nazionali e la Corte di Giustizia dell’Unione europea”, *Contr. e impr.* 6 (2015): 1227 y s.s.

<sup>156</sup> Ver: Gianroberto Villa, “L’attuazione della Direttiva sul risarcimento del danno per violazione delle norme sulla concorrenza”, *Corr. giur.* 4 (2017): 441 y s.s.

<sup>157</sup> Así, Rino Caiazzo, “L’azione risarcitoria, l’onere della prova e gli strumenti processuali ai sensi del diritto italiano”. En *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, a cura di Lorenzo Pace (Napoli: Jovene, 2013), 324.

<sup>158</sup> White Paper on Damages actions for Breach of the EC antitrust rules COM (2008) 165, 2.4.2008.

responsable de los daños causados, quien pruebe que la violación se derive de un “error excusable”<sup>159</sup>. Por tanto, el resarcimiento del daño se deberá al consumidor, sobre todo, como consecuencia de un acuerdo restrictivo o un abuso de posición dominante, como violación de las normas internas o europeas, para cuya prueba la víctima podrá valerse de eventuales indagaciones conducidas por la Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) o la Comisión Europea (cuando se trate técnicamente de una acción dependiente, llamada *follow-on*, de una anterior determinación de infracciones realizada por las autoridades competentes, lo que constituirá el presupuesto lógico-jurídico de la acción civil). Además, se deberá demostrar el nexo causal entre la referida infracción y el daño sufrido. En cambio, en cuanto a los criterios subjetivos, se consideró que la indicación de la Comisión Europea puede traducirse en la aplicación analógica del artículo 2600 C.C., que, en materia de competencia desleal, prevé que una vez determinada la infracción, se presume la culpa<sup>160</sup>.

Otro filón normativo europeo, portador de un endurecimiento de los criterios de imputación —a favor, esta vez, de los ahorristas—, se puede encontrar, por ejemplo, en la Directiva sobre la Responsabilidad por Prospecto N° 2003/71/CE, actuada mediante el Decreto Legislativo N° 51 del 28 de marzo de 2007<sup>161</sup>. Dicha legislación trata de establecer a favor del inversionista un régimen especial de responsabilidad civil por la información contenida en el prospecto, delineado en el artículo 94° TUF. En cuanto a los criterios de asignación, además de la relación compleja de los sujetos a los cuales se refiera la responsabilidad (en particular, tanto el emisor como el intermediario que hizo la colocación), la norma italiana introduce una presunción de culpa, previendo que se admita la prueba liberatoria “de haber adoptado toda diligencia para asegurar que las informaciones en cuestión fueran conformes a los hechos y no presentasen omisiones que alterasen el

<sup>159</sup> Cabe señalar, por otro lado, que el error sería excusable si una persona razonable, con un alto nivel de atención, no se hubiera dado cuenta de que su conducta ha generado una restricción a la libre competencia.

<sup>160</sup> En contra, Alpa, “Illecito e danno antitrust”, 1237: tratándose de una hipótesis típica, no es necesario que concurren todos los elementos del artículo 2043 C.C.; por ende, tampoco es necesaria la remisión al artículo 2600 C.C., pues “lo que importa es el resultado, el efecto del comportamiento, los efectos de la aplicación de la disciplina de la competencia y por tanto, de las sanciones relacionadas con su violación”.

<sup>161</sup> Ver sobre el tema: Sabrina Bruno, “La (nuova) responsabilità da prospetto verso il pubblico”, Banca borsa tit. cred. 1 (2008): 793; Eugenia Macchiavello, “La responsabilità da prospetto degli intermediari finanziari tra passato, presente e futuro”, Contr. e impr. 4-5 (2009): 911 y s.s.; Valerio Sangiovanni, “La responsabilità per il prospetto fra diritto comunitario, legge nazionale e regolamento Consob”, La resp. civ. 12 (2011): 852 y s.s.

sentido”. Cabe observar cómo, en ese caso, la transposición interna ha rechazado el enfoque de la directiva, en la cual se entendía establecer un contexto de una simple responsabilidad objetiva<sup>162</sup>.

Por tanto, parece evidente el surgimiento en el panorama interno de los criterios de imputación específicos, debidos a la exigencia, advertida en el ámbito europeo, de objetivar los regímenes de responsabilidad en el contexto de la prestación de servicios a los consumidores e inversionistas (y son evidentes, también, la dificultad y la lentitud con las que estos regímenes llegan a afirmarse en el derecho vivo). Sin embargo, también se puede hacer referencia a las intervenciones europeas en la dirección opuesta: en un caso —la responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet—, sobre el cual, el derecho comunitario ha tenido el fin principal de excluir criterios muy rigurosos de imputación<sup>163</sup>. De hecho, de cara a una actividad tecnológica con gran potencialidad de desarrollo, se ha considerado que la presencia de un régimen excesivamente gravoso podría constituir un significativo, si no fatal, obstáculo. Se hace referencia a la Directiva 2000/31 / CE, incorporada a la legislación nacional por el Decreto Legislativo n. 70/2003<sup>164</sup>: Toda la sección IV del título II de la directiva está dedicado a la responsabilidad de los “prestadores intermediarios de servicios”. En particular, se especifica que en el caso de que el proveedor desarrolle una actividad de mero conductor (simple transmisión de información), no se hace responsable, siempre y cuando no haya intervenido en la fuente, ni sobre el destinatario ni sobre el

<sup>162</sup> Ibid., 857: La ley establece que los sujetos especificados en el artículo 94, 8°, Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (TUF) pueden resultar exentos de responsabilidad si proporcionan evidencia “de que han tomado todas las precauciones para asegurar que la información en cuestión estaban de acuerdo con los hechos y no presenten omisiones tales que alteren su sentido”. Por lo tanto, se verifica una inversión de la carga de la prueba. Dada la existencia de las circunstancias examinadas anteriormente (falta de veracidad o prospecto incompleto, cumplimiento de la operación, daño y la relación causal entre el contenido del prospecto y el daño), se presume que la culpa es del emisor, el oferente, el garante y las personas responsables. Esta presunción de culpa no se encuentra prevista en la directiva; con esta perspectiva, el legislador italiano ha vuelto más rigurosa la disciplina de actuación de la directiva.

<sup>163</sup> Sobre el tema, ver., Ej., Elena Bassoli, “Giurisprudenza italiana e comunitaria sulla responsabilità civile del service provider e la sentenza della Corte di Appello di Milano nel caso Yahoo vs. RTI”, Contr. e impr. Europa 1 (2015): 230 y s.s.; George Pino, “La falta de una obligación general de vigilancia de Proveedores de Servicios de Internet sobre el contenido proporcionados por la red, de terceros”, Danno e resp. 8-9 (2004): 832 y s.s.; Francesco Delfini, “Il D.lgs. 70/2003 di attuazione della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico”, I Contratti 6 (2003): 607 y s.s.

<sup>164</sup> Marcello De Cata La responsabilità civile dell'Internet service provider (Milano: Giuffrè, 2010); AA. VV., Commercio elettronico e servizi della società dell'informazione. Le regole giuridiche del mercato interno e comunitario: commento al D.lgs. 9 aprile 2003, n. 70 (Milano: Giuffrè, 2003).

contenido de la propia información. Incluso, para las operaciones de almacenamiento temporal (llamadas de almacenamiento en *cache*), el intermediario no será responsable de la información transmitida, con la condición de que incida sobre el contenido y proceda prontamente a removerlas en el momento en que tenga conocimiento efectivo de su ilicitud. Por último, también para la actividad de *hosting* el proveedor debe ser considerado responsable por el contenido almacenado o memorizado solo desde el momento en que se encuentre, efectivamente, al corriente de la ilegalidad de las informaciones introducidas por los usuarios. En última instancia, se prohíbe a los Estados miembros imponer a los proveedores de servicios una obligación general de vigilancia sobre la información que transmiten o almacenan, o de prever una obligación general de investigar activamente sobre hechos o circunstancias que indiquen la presencia de actividades ilícitas. Es evidente, por lo tanto, la finalidad de evitar que el riesgo de daño consiguiente a la actividad recaiga, con efecto disuasivo, en los proveedores; de esta manera, es manifiesta la voluntad de excluir una responsabilidad civil indirecta.

Por último, cabe mencionar la posible influencia que un principio peculiar, de derivación directa europea, podría tener en el campo de los criterios de atribución: la referencia es al principio de precaución, citado directamente por el artículo 191 del Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea como estándar de la tutela del medio ambiente<sup>165</sup>. El principio puede ser invocado cuando un fenómeno, un producto o un proceso presentan perfiles potencialmente dañinos, sin que se pueda determinar con certeza la magnitud de ese riesgo. Sin embargo, para lo que ahora interesa, cabe limitarse a comprobar la incidencia de este principio en el sistema de la responsabilidad civil: si la incertidumbre científica es, en realidad, la base de la lógica de la precaución, es legítimo preguntarse cómo puede interactuar con un sistema en el que la certeza de los daños y de la causalidad han sido postulados hasta ahora como condiciones necesarias del remedio resarcitorio. Por tanto, en relación con la consistencia de este criterio, no existe unanimidad en la doctrina, así, una primera opinión sostiene que el principio de precaución debe tener como destinatario exclusivo al legislador

<sup>165</sup> Sobre la precaución y responsabilidad, ver: Umberto Izzo, *La precauzione nella responsabilità civile* (Padova: Cedam, 2004); véase también, Mathilde Hautereau-Boutonnet, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile* (Paris: LGDJ, 2005).

y que no tenga incidencia alguna en las categorías de la responsabilidad aquiliana<sup>166</sup>. En sentido contrario, existe una posición, válida para quienes, en cambio, se trata de un criterio que puede incidir sobre las propias categorías del ilícito civil, y así determinar, por ejemplo, la inversión de la carga de la prueba de la culpa y de la relación de causalidad en los juicios de resarcimiento de daños<sup>167</sup>, o un aumento de la diligencia necesaria<sup>168</sup>. En este sentido, puede ser interesante tomar en cuenta los resultados de la aplicación de la directiva europea sobre el daño ambiental, n. 2004/35/CE, fusionada en el Código del Medio Ambiente (Decreto Legislativo. 152/2006)<sup>169</sup>. El principio de precaución, que ha informado la directiva, de hecho, aparece expresamente en el artículo 301 del decreto, pero el sucesivo artículo 311, relativo al resarcimiento del daño, solo señala “cualquier persona que comete un hecho ilícito o por omisión de una actividad o comportamientos debidos, infringiendo la ley, reglamentos o medidas administrativas, con negligencia, impericia, imprudencia o incumplimiento de las normas técnicas, genere daño al ambiente”. La transposición de la fuente europea, por lo tanto, no solo demuestra que sigue el principio de precaución se esfuerce por hacer camino cuando se trate de la responsabilidad civil, pero también revela una recepción, al menos creativa, de las directrices europeas, desde que se introdujo una referencia

<sup>166</sup> En contra de la utilización de este criterio en términos de responsabilidad civil, ver: Carlo Castronovo, “Sentieri di responsabilità civile europea”, *Europa e dir. priv.* 4 (2008): 812: “del resto también quien ha considerado introducir el principio de precaución en el debate teórico sobre la responsabilidad civil ha podido obtener nuevos resultados respecto a aquellos obtenibles mediante los criterios tradicionales de imputación, y en particular la culpa: si esta última es, según la definición que contiene el artículo 43 del Código Penal, el déficit de diligencia, prudencia, cuidado, no es fácil de ver algo significativamente diferente cuando se utiliza la categoría de la precaución. Esta resulta ser más bien la fórmula lingüística de quien, en un campo originariamente diverso de aquel jurídico, entiende designar con ello aquello que desde siempre en el lenguaje de la responsabilidad civil en negativo se denomina culpa y que, si en positivo puede tener el significado de enfatizar la prevención, no parece presentar residuos, en particular en cuanto a la prudencia, la cual es precisamente la virtud del equilibrio entre el desenvolvimiento y la inmovilidad respecto a aquello que no es completamente conocido”.

<sup>167</sup> Ver Giovanni Comandé, “La responsabilità civile per danno da prodotto difettoso...assunta con precauzione”, *Danno e resp.* 1 (2013): 107 y s.s.

<sup>168</sup> Así, María Gabriella Stanzione, “Principio di precauzione e diritto alla salute. Profili di diritto comparato”, *comparazione dirittocivile.it*, 14 (consultado 8 de octubre 2017).

<sup>169</sup> Sobre el tema, se reenvía a Barbara Pozzo, “La responsabilità per danno ambientale”, in *Codice dell'ambiente*, a cura di Stefano Nespor e Ada Lucia De Cesaris (Milan: Giuffrè, 2008); Barbara Pozzo, *La responsabilità ambientale. La nuova direttiva sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale* (Milan: Giuffrè, 2005).

general a la culpa del todo extraña a la directiva misma, y que, más bien, se basa en el principio “quien contamina paga”<sup>170</sup>.

A partir de esta reseña esencial, se pueden obtener algunas pistas. Sin lugar a dudas, de hecho, los casos especiales de responsabilidad civil introducidos por el trámite del derecho comunitario han ofrecido al legislador italiano unos modelos diversificados en el campo de los criterios de imputación, y ello ha permitido la evolución del ordenamiento de acuerdo con trayectorias divergentes respecto al reproche culposo. Sin embargo, se ha observado que, ya en el plano de la recepción, y sobre todo, en el del momento de la aplicación jurisprudencial, la tradición “orientada culturalmente” a la culpa ha ejercido un freno, consistente en el despliegue de los esquemas de responsabilidad objetiva proyectados en sede comunitaria<sup>171</sup>. Sin embargo, por otra parte, no es posible desconocer que esta forma de “resistencia” del ordenamiento italiano ha sido justificada, si se considera que las directrices europeas se hayan traducido en “un derecho posmoderno que evade preocupaciones, connotaciones sistemáticas precisas y todo se envuelve en una especie de bolo del cual emerge el perfil puramente económico, el dar y el tener, resultando prohibida la especificidad jurídica, aquella que atiene a las razones de una prestación que, asumida en su obtusa patrimonialidad, aparece arbitrario aceptar y del mismo modo injustificado negar”<sup>172</sup>. Cabe preguntarse, entonces, sobre la posibilidad que una forma diferente de armonización “desde abajo” puede tener a la hora de “reformular” el debate italiano sobre los criterios de atribución de la responsabilidad civil.

<sup>170</sup> Ver Vincenzo Roppo, “Responsabilità oggettiva e funzione deterrente. Note sparse”, *Nuova giur. civ. comm.* 2 (2008): 294 y s.s., y F. Degli Innocenti “I criteri di imputazione della responsabilità per danno ambientale”, *Contr. e impr.* 3 (2013): 741 y s.s.: en particular, la directiva creaba una bifurcación en el régimen de responsabilidad civil por daños al medio ambiente escogiendo un régimen de responsabilidad objetiva para las actividades profesionales “peligrosas” que “requieren especiales requisitos normativos en cuanto presentan un riesgo potencial o real para la salud humana o para el ambiente, como la industria de la energía, las refinerías, los hornos de coque, las actividades de producción y transformación de metales, la minería y la actividad química, la gestión de residuos, y un régimen de responsabilidad por culpa en relación a las actividades que provoquen un daño —“genérico”— a la biodiversidad.

<sup>171</sup> Confirmando esto, la no adopción de un modelo de estricta responsabilidad en la transposición de la directiva relativa a los daños ambientales por activos de riesgo establecidos en el anexo III de la Directiva de la UE ha sido objeto de un procedimiento de infracción por la Comisión Europea, n. 2007/4679, del 31 de enero de 2008, para la transposición incorrecta de la directiva.

<sup>172</sup> Carlo Castronovo, “Sentieri di responsabilità civile europea”, *Europa e dir. priv.* 4 (2008): 788.

## La evolución italiana de la responsabilidad por culpa y sin culpa a prueba de los proyectos de armonización europeos

Como hemos visto, en síntesis, las últimas novedades legislativas, doctrinales y jurisprudenciales en materia de la responsabilidad civil sostienen la tendencia a una expansión general de las oportunidades resarcitorias a favor de la víctima del ilícito. En el terreno de los criterios de imputación del hecho dañoso, dicha tendencia, como se ha visto, se ha traducido en el distanciamiento progresivo del principio de la culpa, de acuerdo con una trayectoria que se mueve desde la objetivación de los estándares de valoración de esta, para aterrizar en la inversión de la carga de la prueba y en la afirmación de verdaderas presunciones de responsabilidad<sup>173</sup>. Si esto parece ser la evolución del sistema italiano, no queda nada más sino contextualizar el aterrizaje en la evolución europea tomando como base de comparación los proyectos de armonización “doctrinal” elaborados en una serie de comisiones científicas internacionales. Un buen ejemplo de ello son los principios del Derecho Europeo de Daños<sup>174</sup>, elaborados por el Grupo Europeo de Derecho de Daños; a ellos se agrega también el proyecto de Marco Común de Referencia, elaborado por la Comisión Von Bar<sup>175</sup>.

Ahora bien, a partir de los PETL, la norma fundamental del artículo 1: 101, ubicada al principio de todo el proyecto, parece, a primera vista, acoger una visión del sistema sustentado en la centralidad persistente de la culpa como criterio de imputación del daño. En efecto, como base de la responsabilidad, la norma

<sup>173</sup> Para la reconstrucción de la evolución del sistema italiano y del europeo, ver: Castronovo, “Sentieri di responsabilità”, 808, según el cual “en las fuentes europeas, el objetivo de política legislativa es, básicamente, la protección del consumidor, en el campo de la responsabilidad identificada en la necesidad de ampliar el área de responsabilidad en su favor. Esta línea de tendencia, en el terreno de los criterios de imputación se traduce en un progresivo apartamiento del principio de la culpa que ha caracterizado todo momento del traslado gradual del eje de la responsabilidad hacia el dañado. En el plano técnico-jurídico, se puede resumir las articulaciones de este movimiento en tres momentos clave: la objetivación de la culpa; la inversión de la carga de la prueba en aquella que, siendo más gravosa para el dañante que la presunción de culpa, dado que esta última se limita a dispensar de la carga de la prueba a aquel que se beneficia (art. 2728 cc), la jurisprudencia tanto en Francia como en Italia, así como la doctrina, ha llamado presunción de responsabilidad [...]; Finalmente responsabilidad objetiva”. Véase, en el mismo sentido, Mario Serio, “Responsabilidad en Europa: perspectivas de armonización”, Europa y dir. priv. 2 (2014): 327 y s.s. “llamada presunción de responsabilidad [...]; Finalmente, la responsabilidad objetiva”.

<sup>174</sup> Ver AA. VV., *Principles of European Tort Law. Text and Commentary* (Nueva York: Springer, 2005).

<sup>175</sup> Ver AA. VV., *Principles Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition* (Mónaco: Sellier Law European Publishers, 2009).

reclama, en primer lugar, la conducta dolosa o culposa del dañante, para luego contemplar otros casos en los que la obligación de reparar el daño nace por efecto del desarrollo de una actividad anormalmente peligrosa o del hecho cometido por los auxiliares. De manera distinta de la del ordenamiento italiano, los PETL se caracterizan por la previsión de criterios distintos de la culpa, como sucede en la regla general: el sistema, por lo tanto, aparece orientado hacia un modelo bipartito, en el que las reglas “no culpables”, aun limitándose a un listado taxativo, surgen como fundamento de la responsabilidad y quedan en una posición de igualdad respecto a los criterios subjetivos convencionales. En cuanto al proyecto de Marco Común de Referencia (MCR), se puede encontrar en este proyecto un libro entero, el VI, dedicado a la responsabilidad extracontractual, y el cual se abre con la regla fundamental en el artículo 1: 101, al prever que “cualquier persona que sufra un daño jurídicamente relevante tiene derecho a una reparación por parte de aquel que, con dolo o culpa, lo haya causado o a quien el hecho le sea imputable de otra manera”; se agrega que “el daño jurídicamente relevante es imputable a quien lo ha causado sin dolo ni culpa solo en los casos previstos en el capítulo 3”. Una vez más, por lo tanto, cabe reconocer otros criterios de imputación del daño ya en la regla general de responsabilidad, y también se ha precisado la naturaleza taxativa de las hipótesis de sin dolo y sin culpa. Por lo tanto, lo que ambos proyectos parecen restablecer es un sistema en el que se ha llegado a una posición más consciente de la culpa como criterio de imputación concurrente, y no hegemónico, en la óptica de un distanciamiento total del modelo tradicional de “responsabilidad civil que, que, al hacer irracionalmente un apalancamiento en el criterio de civilización legal que basa la imputación en la presencia de una conducta anti-obediente, ponía en peligro la protección real de los bienes e intereses de extraordinaria preocupación social e individual”<sup>176</sup>.

Volviendo específicamente a la disciplina de la imputación culposa en los PETL, si el artículo 4: 101 afirma, en principio, que responde por culpa quien “por negligencia viola el estándar de conducta exigible”, el sucesivo artículo 4: 102 define dicho modelo de comportamiento de una manera bastante peculiar. En efecto, se precisa que el estándar requerido es el de una “persona razonable”, pero se ha de evaluar “en las circunstancias del caso concreto”, y en particular,

<sup>176</sup> Mario Serio, “La responsabilità civile in Europa: prospettive di armonizzazione”, *Europa e dir. priv.* 2 (2014): 352.



en relación con la naturaleza y el valor del interés protegido, la peligrosidad de la actividad, la experiencia que se puede esperar de una persona que la ejerce y la previsibilidad del daño, así como la disponibilidad y el coste de las medidas preventivas o de métodos alternativos. Cabe la aclaración de que el estándar así determinado “se puede corregir, si es necesario, cuando por razones de edad, discapacidad física o mental o relacionadas con circunstancias extraordinarias no es exigible que la conducta se adecúe a la exigible”. Del mismo modo, aunque es menos preciso, el artículo 3: 102 del libro VI del proyecto del MCR establece que se considera culpable a quien no satisface un criterio particular de diligencia requerido por una disposición legal o por el estándar de diligencia que en las mismas circunstancias se espera de una persona razonablemente diligente. Por tanto, es evidente que ambos proyectos concuerdan en concebir el parámetro del agente modelo de forma suficientemente elástica, de modo tal que pueda adaptarse a las circunstancias objetivas y subjetivas del caso concreto y sea, al mismo tiempo, acorde a las características de un juicio: el de la culpabilidad, que, como ya se ha visto, tiene una naturaleza eminentemente normativa, y no psicológica.

También es interesante destacar la previsión del tercer párrafo del art. 4: 102 de los PETL, el cual establece que las “reglas que prescriben o prohíben determinadas conductas tienen que ser tomadas en cuenta para establecer el estándar de conducta exigible”. Así, la norma permite entender que los eventuales parámetros normativos de valoración de la conducta del dañante —por ejemplo, la observancia de un código de conducta o la de las líneas guía en ámbito médico— pueden concurrir para fundar el juicio de responsabilidad, y así incidir en la configuración de esta, tanto en positivo como en negativo, como causas de exclusión. Finalmente, el último aspecto de gran interés, incluso a la luz de la evolución italiana de la imputación culpable, es la disposición del art. 4: 102 de los PETL; la norma, que no encuentra su equivalente en el MCR, establece que la hipótesis de “inversión de la carga de la prueba de la culpa” solo se permite “a la luz de la gravedad del peligro presentado por la actividad”, para evaluarse “en base a la seriedad de un posible daño en casos similares casi como en razón de la probabilidad que tal daño puede ocurrir realmente”. Por tanto, las presunciones de responsabilidad, que se atribuyen expresamente a la categoría de la responsabilidad basada en la culpa, son admitidas con cierta cautela, y solo cuando hayan sido suficientemente justificadas, en contextos de alto riesgo, por exigencias particulares de tutela de

la víctima. Las presunciones de responsabilidad, y que se atribuyen expresamente a la categoría de responsabilidad basada en la culpa, son permitidas con cierta cautela, y solo si están justificadas en contextos de alto riesgo, a partir de las necesidades especiales de protección de la víctima. La aplicación de las presunciones de culpa ha de evaluarse, conforme al art. 4:102 de los PETL, “sobre la base de la gravedad de los posibles daños en estos casos, así como en la razón probable de que tal daño puede ocurrir realmente”.

Siempre, en el título relativo a la responsabilidad culposa se encuentra también una disposición especial relativa a la genérica “responsabilidad de empresa” (Art. 4: 101), según la cual “una persona que ejerce de manera duradera una empresa con fines de lucro o profesionales valiéndose de auxiliares o de equipos técnicos es responsable de cualquier daño causado por un defecto de dicha empresa o de su producción a menos que pruebe que han adoptado el estándar de conducta exigible”.

Por el contrario, en el título de los PETL relativo a la responsabilidad objetiva se comprende solo el daño causado por actividades extraordinariamente peligrosas (art. 5: 101), que se configura cuando se desarrolla una actividad que “crea un riesgo particularmente significativo y previsible de daño aun cuando se ejercen todos los cuidados para su ejercicio”. Además, se hace la precisión de que los legisladores nacionales pueden introducir “hipótesis ulteriores de responsabilidad objetiva de modo similar a otras fuentes de riesgo de daño comparable”; es decir, significativamente determinables y previsibles.

Por último, se ha regulado la responsabilidad por hecho de otro: en el caso de menores de edad e incapaces síquicos, el supervisor es responsable del daño que estos causan, a menos que se pruebe que observó el estándar de conducta exigible. Por el hecho de los auxiliares, “cualquiera” es considerado responsable si ellos, en el ejercicio de sus funciones, actuaron en violación de las reglas de conducta, y, debido a ello, causaron daños. Por tanto, parece posible afirmar que el sistema de criterios de asignación en el derecho italiano no está sustancialmente en desacuerdo con las directrices de armonización de los PETL, y, en realidad, la diferencia es tan solo nominal. Así, la oportunidad de una transposición del proyecto de armonización descansa en la bifurcación rígida de los modelos de responsabilidad por culpa/sin culpa, y en la coherencia entre los criterios utilizados y las etiquetas clasificatorias.

En cambio, en cuanto al espacio que el proyecto del MCR dedica a la responsabilidad sin culpa, es necesario analizar las disposiciones contenidas en los VI. - 3: 201 y siguientes. La primera norma, relativa a la responsabilidad por el hecho causado a terceros por los trabajadores subordinados, crea un régimen objetivo atribuyendo la obligación resarcir al empleador, si el daño fue causado por el dependiente en horario de trabajo o en el desempeño de las funciones asignadas, y mientras este sea (legalmente) responsable. La siguiente disposición (VI - 3: 202) se refiere al daño ocasionado por un inmueble peligroso. Se prevé que la obligación de resarcir recaiga sobre la “persona que ejerce de forma independiente el control de su inmueble” (se hace la precisión de que “el control sobre un inmueble es independiente si es razonable imponer a la persona que lo ejerce el deber de impedir que se verifique el daño”, y que “se presume que el propietario del inmueble, salvo que pruebe que otro ejerce en modo independiente el control”). Por lo tanto, se trata de una hipótesis peculiar, pues introduce una prueba liberatoria de tal consistencia que no afecta el régimen de responsabilidad objetiva, sino solo sobre la naturaleza absoluta de esta. La siguiente norma (VI - 3: 203) dispone que del daño causado por los animales responde el cuidador, mientras que el artículo VI. - 3: 204 reproduce el contenido de la Directiva 85/374 / CEE, relativa a los productos defectuosos. Por último, el artículo. VI. - 3: 205 prevé que para el daño causado por un vehículo motorizado debe ser requerido para responder el cuidador, mientras que la norma siguiente imputa el daño causado por sustancias peligrosas o emisiones peligrosas al cuidador o al operador de la actividad, si dicho daño se ha derivado de una situación de peligro probable, con la especificación de que la responsabilidad se excluye si dichos sujetos gestionan la sustancia o la actividad para fines no relacionados con su profesión o su negocio, o si prueban no haber violado las normas jurídicas relativas al control y la gestión. Como cierre del sistema, se prevé que el derecho nacional pueda contemplar ulteriores hipótesis de responsabilidad sin culpa, ante la presencia de fuentes de peligro que no se hayan previsto en el proyecto del MCR. Por otro lado, cabe hacer mención del régimen de responsabilidad por el daño causado por menores de edad o de personas sujetas a vigilancia. La norma, que se encuentra, fundamentalmente, en el título relativo a la responsabilidad por culpa, imputa la obligación de resarcir el daño a los padres, los tutores o los entes encargados de su vigilancia, salvo si estos no prueban que no hubo defecto en la

propia vigilancia (por otra parte, el menor a quien se hace referencia es solo el sujeto de edad inferior a 14 años). Por lo tanto, resulta un cuadro complejo que, como ya se ha observado en relación con los PETL, tiene la ventaja de hacer una distinción precisa en cuanto a la imputación por culpa o por otros criterios de otra naturaleza. Además, una particularidad de este proyecto consiste en la modulación de las categorías del daño resarcible frente a cambiar el título al que se adscribe la responsabilidad.

Observando en conjunto la opción realizada en los mencionados proyectos respecto a los criterios de imputación específicos, se puede señalar una serie de consideraciones de síntesis: en el campo de responsabilidad por hecho ajeno, los daños causados por auxiliar siempre se imputan objetivamente, mientras que en el caso de menor o el incapaz, los proyectos de armonización se refieren al incumplimiento del deber de vigilancia, a diferencia de la posición más estricta del derecho italiano. Por lo demás, el proyecto del MCR contempla un abanico más amplio de hipótesis de responsabilidad objetiva, donde, como en el caso de la custodia o de la ruina de edificio, el ordenamiento interno admite la prueba del caso fortuito. Finalmente, cabe señalar el tema, particularmente interesante, de las actividades peligrosas: si el MCR crea un régimen objetivo, pero excluye la aplicación de si el sujeto no es un profesional/empresario, o si se prueba el cumplimiento de los cuidados prescritos, los PETL no admiten alguna prueba en contrario solo si las actividades tienen características de una extraordinaria peligrosidad. Por tanto, los proyectos de armonización parecen contemperar la exigencia (también deterrente) de imputar al operador los costos de las actividades (más) peligrosas, con la opuesta instancia de certidumbre sobre el estándar de seguridad requerido (y sobre la impunidad en caso de un cumplimiento exacto de las previsiones legales).

Por último, y de modo más general, se puede observar cómo ambos proyectos ponen la responsabilidad de la empresa en el terreno de la responsabilidad objetiva. Se trata, en efecto, de una toma de posición en el debate entre quienes sostienen que la superación de los tradicionales criterios de imputación se advierte exclusivamente en relación con las actividades económicas y quienes, en cambio, sostienen que el criterio del “peligro”, independientemente del contexto en el

cual se manifieste, es el que requiera la intervención de una regla peculiar de responsabilidad objetiva<sup>177</sup>.

## El impacto de los PETL y del MCR en el ordenamiento italiano

Una vez se ha completado este análisis comparativo parece oportuno, al menos, incluir una evaluación rápida del impacto que tales proyectos han tenido en el ordenamiento italiano, y, particularmente, en los trabajos de la ciencia jurídica, los cuales, sin duda, constituyen un banco válido de pruebas para los proyectos de armonización, como los que se han tratado en esta obra, y que tienen una naturaleza y una génesis eminentemente académicas.

Partiendo de los PETL, cabe, sobre todo, señalar que sus disposiciones han sido frecuentemente recordadas por la doctrina italiana como términos de referencia para el análisis crítico de las instituciones y los problemas fundamentales en el campo de la responsabilidad civil, tales como la injusticia del daño y la identificación de los intereses protegidos, por nombrar algunos de ellos. No es esta la obra oportuna para un reconocimiento detallado de las contribuciones sectoriales en las cuales se halla presente una referencia crítica a las soluciones adoptadas por PETL; así pues, el estudio se limitará, contrariamente, a evaluar la actitud general con la que los comentaristas italianos han saludado la adopción de un texto, como el de los Principios, el cual aspira a posicionarse como una fuente de conocimiento del *ius commune* europeo en el tema de la responsabilidad y, al mismo tiempo, como punto de partida para la futura armonización de la materia. Ahora bien, según los comentaristas, es, precisamente, la función de dicho documento lo que se constituye en su principal punto de fuerza<sup>178</sup>. En realidad, conscientes de las profundas diferencias que existen entre los sistemas europeos

<sup>177</sup> Ver para las dos soluciones, respectivamente, Guido Alpa, "Responsabilità d'impresa", en *Digesto delle discipline privatistiche*, Agg. IX (Torino: Utet Giuridica, 2014), 594; y Vincenzo Roppo, "Responsabilità oggettiva e funzione deterrente. Note sparse", *Nuova giur. civ. comm.* 2 (2008): 292.

<sup>178</sup> Ver Gregor Christandl, "Principles of European Tort Law: ideas sobre el tema del daño no patrimonial", *Resp. Civ. y prev.* 11 (2006): 1987 y s.s., y, en parte, 1991: "el gran valor de este proyecto radica sobretodo en el hecho de que representa una colección del *ius commune* europeo en materia de responsabilidad civil, permitiendo en primer lugar a los estudiosos universitarios y a los operadores prácticos tener una visión compartida de las normas vigentes en los diferentes países europeos, y fungiendo al mismo tiempo de base para una eventual y futura armonización del *law of torts* europeo".

en la configuración de los elementos constitutivos del ilícito civil<sup>179</sup>, los redactores de los PETL “han optado por escribir una trama”, sobre la cual “se ha tejido el conjunto de normas de responsabilidad civil”, y, por tanto, una trama que pueda constituir “el punto de partida de la regulación, mas no el punto de llegada”<sup>180</sup>. En otras palabras, el enfoque con el cual se procedió a compilar el documento implicó el reconocimiento de modelos de ilícitos alternativos —a veces, incluso, antitéticos— y su posterior reconciliación dentro de un texto que pueda aspirar a servir de modelo para la progresiva armonización de las normas internas, y no para su sustitución por una fuente supranacional vinculante<sup>181</sup>. Con esta óptica, los redactores de los PETL, pasando de un enfoque de *bottom-up*, de abajo hacia arriba, enfrentaron “con un sentido de la proporción y con respeto de las estructuras formada a través del tiempo en los principales sistemas jurídicos europeos” la difícil la tarea de acercar alguna vez “extremos separados por el océano de las controversias, de los conflictos dogmáticos”<sup>182</sup>, como parece evidente en la alternativa entre sistemas basados en la injusticia del daño como cláusula atípica y sistemas caracterizados, al contrario, por la tipicidad de los hechos ilícitos<sup>183</sup>;

<sup>179</sup> Para un análisis de las cuestiones —incluso, simplemente, terminología—, debido a las diferencias entre el nivel de disciplina en los sistemas jurídicos europeos, ver: Miquel Martin Casals, “Una visión general de los ‘Principios de Derecho de Daños Europeo’ (desde el punto de vista español)”, Resp. Civ. y prev. 6 (2005): 1277 y s.s.

<sup>180</sup> Guido Alpa, “La responsabilità oggettiva”, Contr. e impr. 3 (2005): 1002. Unos trazos del enfoque de base con el cual se elaboraron los PETL se encuentran en la precisión “según la cual un texto como el presentado no se mantiene en pie por sí solo” (“principles do not stand by themselves”) [ver Jaap Spier, European Group on Tort Law. Principles of European Tort Law. Text and Commentary Provisional Edition, 22], debido a que los principios deben interpretarse a la luz de los Derechos Humanos, las directivas, los precedentes legales, los principios constitucionales, etc., y la precisión de que el texto ha sido diseñado de manera flexible, iure condendo; es decir, de todas las reglas generales, los matices y los instrumentos para la adaptación a diferentes circunstancias a las cuales tienen que adecuarse.

<sup>181</sup> Ver Miquel Martin Casals, “Una panoramica sui ‘Principles of European Tort Law’ (dalla prospettiva spagnola)”, Resp. civ. e prev. 6 (2005): 1278: “En cambio, se quiere delinear un marco que facilita la discusión y el debate entre los privatistas de diferentes países que puedan superar los límites que el carácter nacional del derecho impone a la perspectiva y el enfoque de cada uno”.

<sup>182</sup> Mario Serio, “La responsabilità civile in Europa: prospettive di armonizzazione”, Europa e dir. priv. 2 (2014): passim.

<sup>183</sup> Al respecto, se debe decir que “la propuesta normativa parece reunir de manera calibrada los resultados del delicado debate, que se ha visto presente las principales experiencias jurídicas europeas, sobre los requisitos para la calificación de un hecho como ilícito y la noción de injusticia del daño. La elección realizada en los Principios en palabras es muy clara: se resarce el daño que resulte de la violación de un interés jurídicamente protegido, es decir, a la lesión de una situación subjetiva expresamente reconocida como digno de protección por parte del ordenamiento jurídico. En otras palabras, es indemnizable el daño injusto, que consiste en el menoscabo de un derecho o interés ajeno. Igualmente claro parece el viraje de los autores del proyecto hacia

todo ello, con el objetivo de fondo, según el cual en caso de duda acerca de una solución determinada, la alternativa que se prefiera no es la más difundida por las jurisdicciones europeas, pero sí “la mejor” axiológicamente, aun cuando no sea compartida<sup>184</sup>. Ahora bien, el éxito de tanto esfuerzo no ha cesado de suscitar reacciones positivas de los comentaristas italianos, que no han dudado en calificar de loables los resultados alcanzados por el *European Group on Tort Law*<sup>185</sup>.

Considerando ahora el otro proyecto europeo, el Proyecto del Marco Común de Referencia (MCR), el juicio de la doctrina italiana sobre el tema ha sido más complejo y variado, también, a causa del contexto diferente en el cual fue elaborado el documento y las funciones a las que pertenece. En cuanto al primer aspecto, la redacción del proyecto del MCR es el resultado de un proceso de armonización fuertemente auspiciado por las instituciones europeas —y, en particular, por la Comisión<sup>186</sup>— con el fin de garantizar una mayor coherencia dentro de las áreas fundamentales del derecho privado europeo. Cabe observar, sin embargo, que la derivación eurounitaria del proyecto ha determinado que en su interior fueran llamados a convivir dos complejos normativos diversos: “por un lado, los principios comunes a las legislaciones nacionales (...) enucleados y reconstruidos utilizando el método comparativo; de otro lado, los principios que existen actualmente en el Derecho comunitario (...) de acuerdo con el modelo *acquis*”<sup>187</sup>. Ahora bien, ese objetivo de fondo no ha dejado de suscitar en la doc-

---

un sistema de tipicidad de los hechos ilícitos: y ello no debe sorprender, tratándose de una actitud común a las principales expresiones de los derechos de vida de Europa”. Ver: Mario Serio, “La responsabilità civile in Europa: prospettive di armonizzazione”, *Europa e dir. priv.* 2 (2014): 353-54.

<sup>184</sup> Para algunas consideraciones sobre este planteamiento, ver Mauro Bussani, “Voce Diritto privato europeo”, en *Enciclopedia del Diritto Annali* (Milano: Giuffrè, 2008), 417 y s.s., y, en parte, 425 y s.s.

<sup>185</sup> Ver Serio, “La responsabilità”, *passim*.

<sup>186</sup> Véase, en relación con el “Piano d’Azione” europeo, Maggiore coerenza nel diritto contrattuale europeo—Un piano d’azione, en COM (2003) 68 def. (G.U.C.E. 2003, C-63, 1)—Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio del 15 marzo 2003. Sobre el punto, ver, en doctrina, Carlo Castronovo, “Armonizzazione senza codificazione. La penetrazione asfittica del diritto europeo”, *Europa e dir. priv.* 4 (2013): 905 y s.s. y, en parte, 915: el Draft “ha rappresentato el último momento significativo de la idea codificadora que [...] ha atravesado Europa desde el inicio de los años ochenta del siglo pasado”.

<sup>187</sup> Para una reflexión sobre las consecuencias de la coexistencia de estos modelos, ver: Umberto Breccia, “Principles, definitions e model rules”, en el ‘Marco Común Europeo’. Draft Common Frame of Reference” 1 (2010): 95 y s.s., y, en parte, 96 y ss.: “el derecho privado europeo [...] manifiesta en su totalidad, de ese modo, una vocación, una configuración y una tensión [...] bipolar y concurrente [...] ya que la materia puede encontrar su plena definición solamente al fin de un concurso constructivo entre distintos *acquis* (uno radicado en los derechos nacionales y en las líneas de una jurisprudencia controlada por la ciencia del derecho; el

trina comentarios críticos, pues se han considerado insuperables las dificultades asociadas al intento de conciliar unos marcos normativos que, en retrospectiva, expresan “modelos político-normativos difíciles de conciliar”, y que, por lo tanto, parecerían conducirse a la unidad solo “al fin de una operación “de fachada”<sup>188</sup>.

En cuanto al segundo aspecto, el proyecto del MCR se fija el objetivo, extremadamente ambicioso, de regular toda la materia de obligaciones, y, con esta óptica, trata, de manera omnicomprendensiva, no solo las cuestiones contractuales, sino también, las otras fuentes de la relación obligatoria; entre ellas, el ilícito civil<sup>189</sup>. A pesar de tales premisas, sin embargo, el resultado final del trabajo de compilación parece presentar diferentes perfiles de ambigüedad, lo que compromete su autoridad y su agudeza. En realidad, si, por una parte, la Comisión Europea se situó en una aproximación inicial bastante minimalista, evidente en las comunicaciones en las cuales el documento ha sido calificado como una caja de herramientas —*toolbox*—<sup>190</sup>, una mera propuesta podrá ser tomada en cuenta

---

otro ambientado en el marco jurídico de un mercado único competitivo y en el análisis, aunque crítico, de las tendencias de los jueces europeos”.

<sup>188</sup> Ver Alessandro Somma, “Verso il diritto privato europeo? Il Quadro comune di riferimento nel conflitto tra diritto comunitario e diritti nazionali”, Riv. trim. dir. proc. civ. 4 (2008): 1097 y s.s. y, en parte, 1099: “a diferencia de lo que se sostiene sobre todo en el área italiana, los dos complejos expresan los modelos político normativos difícilmente conciliables o, alternatively, únicamente conducibles a una unidad solo con el fin de una operación de fachada”. Y esto expone al riesgo de la cancelación de la identidad cultural de los derechos nacionales, amenazada, más que por el proceso de identificación de los puntos en común entre ellos, de su sumisión a la lógica de la armonización impuesta desde arriba. Para una visión general de la relación entre los derechos nacionales y el *acquis* comunitario, ver también: Carlo Castronovo, “Quadro comune di riferimento e *acquis* comunitario: conciliazione o incompatibilità?”, Europa e dir. priv. 2 (2007): 275 y s.s.

<sup>189</sup> Subraya la bondad de la elección de tratar toda la materia del derecho de las obligaciones: Walter Doralt, “Diritto europeo dei contratti: rischi e opportunità del regime opzionale”, Resp. civ. e prev. 6 (2011): 1205 y s.s., y, en parte, 1207: “mientras la discusión académica sobre el MCR ha iniciado recientemente, la publicación actual y sus comentarios de derecho comparado (notas), en su estado actual ya constituyen un resultado importante, puesto que se trata del primer cuerpo normativo no estadual que supera los límites del derecho contractual”.

<sup>190</sup> Ver Comunicación de la Comisión Europea del 25 de julio de 2007 (COM (2007) 447 final.). La Comisión Europea ha demostrado concebir el proyecto de MCR como un manual para ser utilizado, en particular, para la revisión de la legislación vigente, así como de la elaboración, cuando sea necesario, de nuevos instrumentos en el ámbito del derecho contractual; incluso, más allá de la cuestión de consumo. Al mismo tiempo, se reafirma con fuerza que el MCR “no está destinado a garantizar una armonización a gran escala de derecho privado o a transformarse en un código civil europeo”. Así, la comisión ha traicionado las expectativas de la doctrina que había auspiciado la redacción de un verdadero código civil europeo. Ver, sobre el punto: Vincenzo Scalisi, “Alberto Trabucchi e la costruzione in Europa di un diritto privato comune”, Europa e dir. priv. 4 (2008): 907 y s.s., y, en parte, 913 y s.s.: “El Parlamento Europeo [...] de la solicitud inicial para la elaboración de un verdadero código común europeo de derecho privado” [Ver, Resoluciones 26.05.1989 (GUE 06.26.1989, N° C 158, 400) y 6.5.1994 (NGL 07.25.1994, C 205, 518)] se ha debido replegar en el tiempo para un más circunscrito objetivo [...] la Comisión ha intervenido ulteriormente con dos informes distintos [...] para aclarar mejor



por los legisladores nacionales, y aún más, por el legislador europeo, cuando deba adoptar una regulación uniforme de las materias tratadas; por otro lado, el proyecto, en su conjunto, parece establecerse sobre una función exorbitante respecto a una de mero instrumento de derecho blando —*soft law*—<sup>191</sup>. Se ha hecho hincapié en que la versión final del proyecto del MCR ha tomado la forma de un verdadero y propio código, destinado a proporcionar “una sistematización completa de los institutos del derecho privado”<sup>192</sup>, sin haber sido nunca calificado como tal, hasta el punto de que en la doctrina se ha hablado de “un código civil que no sería más que el nombre”<sup>193</sup>. Ahora bien, tales ambigüedades de fondo en cuanto a los objetivos que el proyecto de MCR está llamado a realizar constituye, en opinión de los comentaristas, un elemento de debilidad intrínseca<sup>194</sup> que ha afectado la coherencia global y la especificidad del proyecto<sup>195</sup>, y que ha determi-

---

y establecer —pero en un sentido decididamente reductivo— alcance y propósito de la iniciativa en curso de actuación. El resultado es un verdadero cambio de dirección con una parcial, pero sustancial liberación de las propuestas iniciales y expectativas planteadas”.

<sup>191</sup> Para ver este tipo de consideraciones: Marisa Meli, “Gli sviluppi del diritto privato europeo e il ‘Quadro comune di riferimento’”, en Centro di documentazione europea (Università di Catania, 2008), 6, y, en parte, 11 y s.s.: “No hay duda de que entre las funciones asignadas por la Comisión al CFR se encuentre la de instrumento de mejora de la legislación y es esta función que los compiladores del proyecto de MCR entienden hacer referencia. Sin embargo, el tipo de trabajo realizado parece ser sobreabundante con respecto a dicha función modesta”.

<sup>192</sup> Meli, “Gli sviluppi del diritto privato”, 11. Véase, sobre el punto: Giuseppe Ferri, “Riflessioni sul diritto privato europeo”, Europa e dir. priv. 1 (2011): 1 y s.s. y, en parte, 21, 59: El proyecto de MCR es uno de “esos modelos de estructura ‘codicística’, en los cuales, en una perspectiva común europea, se han dictado normativas, sobre todo en materia contractual”; en particular, el proyecto “tiende a reproducir la articulación organizacional y la amplitud estructural de un verdadero código”. Ver Pietro Sirena, “Il discorso di Portalis e il futuro del diritto privato europeo”, Riv. dir. civ. 3 (2016): 652 y s.s., y en parte, 658 y s.s.

<sup>193</sup> Nils Jansen y Reinhard Zimmermann, “A European Civil Code in all but Name”. Cambridge Law Journal 69 (2010): 98 y s.s.

<sup>194</sup> Ver sobre el punto: Carlo Castronovo, “L’utopia della codificazione europea e l’oscura realpolitik di Bruxelles. Dal DCFR alla proposta di regolamento di un diritto comune europeo della vendita”, Europa e dir. priv. 4 (2011): 837 y ss., y, en parte, 841: “Pero aquí el MCR presenta ese punto crítico que podría haber marcado el destino, al menos en el momento actual: se acercó peligrosamente a un código, pero nadie lo quiere decir. En el momento en que se ofrece a sujetos diversos y dispares, como pueden ser los particulares o los legisladores, parece exhibir su debilidad original, típica de lo que puede ser de interés para muchos, pero termina por no ser deseado por nadie”.

<sup>195</sup> Ver las observaciones críticas hechas por Marisaria Maugeri, “Alcune perplessità in merito alla possibilità di adottare il DCFR come strumento opzionale (o facoltativo)”, Nuova giur. civ. comm. 2 (2011): 253 y s.s., y, en parte, 255 y s.s.: “No parece aprovecharse plenamente las consecuencias de ciertas decisiones. Por ejemplo, las reglas del MCR son generalmente más ‘estrictas’ más impositivas que las del *acquis*, así como ‘en algunos casos no es del todo clara la razón por la cual se llega a un cierto tipo de disciplina y esto determina un tipo de inconsistencia general de este último’”.

nado el abandono progresivo por parte de las propias instituciones europeas que habían auspiciado su redacción.

### Consideraciones finales

Este panorama sobre la morfología de los diferentes criterios de imputación en el que se inspira el sistema de la responsabilidad civil, con una perspectiva interna y europea, permite formular algunas consideraciones conclusivas; especialmente, en relación con las oportunidades de armonización. Es evidente, en realidad, que, justamente, la armonización puede constituir una palanca efectiva para demoler ciertos bastiones de “resistencia” a una más completa y coherente sistematización de las relaciones entre responsabilidad por culpa y sin culpa en el ordenamiento italiano. Es evidente que se trata de una cuestión contemporánea, que hace necesarias algunas precisiones sobre *el método*, sobre *el objeto* y sobre la *dirección* de dicha reforma.

En realidad, en cuanto a las *modalidades*, se debe considerar el diverso papel que pueden jugar los reglamentos y las directivas europeos sobre los proyectos de armonización, así como las diversas maneras de intervención que dichos instrumentos pueden operar. En efecto, las fuentes europeas gozan de una eficacia mucho más incisiva, pero adolecen de la sectorialidad y la limitación de los fines que las motivan. Por lo tanto, confiarse en el formante normativo comunitario expondría al riesgo de una armonización “especializada”, que se experimentaría en la creación de una pluralidad de regímenes específicos, sin una versión unitaria<sup>196</sup>. Por lo tanto, frente a la posibilidad de absolver críticas específicas, se correría el riesgo de llegar a un sistema carente de una arquitectura sólida y de líneas generales coherentes para la solución de las hipótesis no reguladas. Además, algunos ejemplos han permitido observar cómo el “filtro” constituido por la recepción en el ordenamiento nacional a menudo termina por deformar los

<sup>196</sup> Ver Guido Alpa, “Nuove figure di responsabilità civile di derivazione comunitaria”, Resp. civ. e prev. 1 (1999): 27: “Hoy en día las reglas de responsabilidad no solo no pueden reducirse a ‘sistema’ sino que requieren una revisión del sector, al haberse creado tantos ‘subsistemas’ cuantos son los regímenes especiales de responsabilidad”. Ver, sobre el punto: Marino Bin, “Clausole vessatorie: una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie?)”, Contr. e impr. Europa (1996): 431: frente al empleo de las directivas, por lo demás, de carácter “fragmentario y ondulante”, el intérprete se encuentra con dificultades de no poca importancia; lo que es así, también, porque son graves “los defectos que actualmente denuncia aquel mecanismo de formación legislativa, el cual funciona a través de la recepción en el ordenamiento privado de fragmentos cada vez más voluminosos de disciplina proveniente e impuesta por los organismos comunitarios”.

criterios indicados por el legislador europeo: se advierte, en algunos de dichos supuestos, una especie de “*resistencia*” por parte de la legislación nacional, en el plano de la transposición o de la aplicación, respecto a soluciones que parecen “impuestas” desde el exterior<sup>197</sup>. Al contrario, en vista de su naturaleza no vinculante, los proyectos de matriz “doctrinal” parecen tener mejores potencialidades<sup>198</sup>. En efecto, una armonización débil, pero dotada de organicidad, y, sobre todo, elaborada, sobre la base de las tradiciones jurídicas de los distintos ordenamientos sobre el *common core* de los diversos sistemas de responsabilidad civil podría constituir la feliz ocasión para una renovación *desde adentro* de ciertas categorías generales<sup>199</sup>. En realidad, cabe observar que tales proyectos podrían

<sup>197</sup> Ver: Guido Alpa, “Nuove figure di responsabilità civile di derivazione comunitaria”, Resp. civ. e prev. 1 (1999): 5 y s.s.: “La adhesión de Italia a la Unión Europea ha comportado la recepción de numerosas normas formuladas en sede comunitaria en el campo de la responsabilidad civil. Estas normas, de cuando en cuando fruto de mediaciones entre las diferentes tendencias y los diversos textos ya existentes en los sistemas jurídicos de los Estados miembros, o de nueva acuñación comunitaria, han sido adoptadas en sede comunitaria mediante el instrumento de la directiva. Lo que ha significado para cada Estado miembro una adaptación no automática, pero compleja: Es decir, ha implicado la redacción de un texto de actuación, con la formulación de normas, con la aplicación de los principios generales, con la coordinación con disposiciones, orientaciones jurisprudenciales, terminologías y conceptos preexistentes en el sistema interno”. Ver también: Giuseppe Ferri, “Riflessioni sul diritto privato europeo”, Europa e dir. priv. 1 (2011): 1 y s.s.: “Se trata de intervenciones que, precisamente por ocasionales y, por ende, no orgánicas, aparecen, por un lado, a menudo claramente insuficientes, por otro lado, peligrosos, porque insertándose en el diseño de un código civil, corren el riesgo de desnaturalizar el orden lógico y la racionalidad que lo sostienen”.

<sup>198</sup> Sobre la potencialidad de los proyectos europeos de armonización, ver por ej. Vincenzo Roppo, “Responsabilità oggettiva e funzione deterrente. Note sparse”, Nuova giur. civ. comm. 2 (2008): 296: “Europa, como sabemos, no solo nos imparte un ‘derecho comunitario’ hecho de directivas que vinculan formalmente las legislaciones de los Estados miembros; se extiende también a un ‘derecho común’, formado por elaboraciones ‘normativas’ en sentido amplio, cuyo valor se basa no tanto en la soberanía formal de un rulemaker, cuanto en la autoridad cultural de expresiones cualificadas de la academia, de las profesiones, de la sociedad”; Vincenzo Roppo, “Sul diritto europeo dei contratti: per un approccio costruttivamente critico”. Eur. e dir. priv. (2004): 439 y s.s., y, en parte, 440-441: el “derecho común europeo” se presenta como “un conjunto de reglas, principios, categorías, que no se genera por la vía autorizada y burocrático; sino que nace ‘desde abajo’ —el nivel, si se quiere, de la sociedad civil— a causa de las elaboraciones intelectuales, mediación cultural, la circulación y modelos de reparto progresivo, autoritario y burocrático; más bien nace ‘de abajo’ —al nivel, si se quiere de la sociedad civil— por vía de elaboraciones intelectuales, de mediaciones culturales, de circulación y progresivo compartir de modelos, dentro de un proceso no institucionalizado”, a diferencia del “derecho europeo comunitario”, “que halla su fuente principal en las directivas, destinadas a ser transpuestas en los ordenamientos internos de los Estados miembros, un derecho que nace —por así decirlo ‘desde lo alto’— a través del trabajo de los burócratas en Bruselas y mediaciones políticas que lo acompañan”.

<sup>199</sup> Sobre este punto, ver: Pietro Sirena, “Il discorso di Portalis e il futuro del diritto privato europeo”, Riv. dir. civ. 3 (2016): 661-62: “El riesgo de un fracaso del poder regulatorio es más fuerte cuando está centrado y se ejerce desde lo alto hacia bajo (modelo llamado top down), donde el riesgo de un fracaso del poder regulatorio está balanceado más eficazmente cuando está descentralizado y se ejerce desde abajo hacia arriba (denominado modelo bottom up). La mejor manera de evitar el riesgo de que las diferencias nacionales creadas desde hace un par de siglos de positivismo jurídico dañen el bienestar social y económico de Europa consiste en basar

constituir, si no el verdadero y propio “código civil europeo”, fuertemente apoyado por una doctrina autorizada<sup>200</sup>, al menos, sí, un marco de referencia para los reglamentos y las directivas europeos, que de este modo podrían alcanzar una mayor uniformidad y sufrirían una distorsión menor al momento de su recepción en los ordenamientos nacionales.

En cambio, en lo que se refiere a los *contenidos* de los proyectos de armonización, son numerosas las características que podrían, concretamente, desarrollar la reflexión interna sobre el terreno de la imputación de la responsabilidad civil. Ante todo, constituye un modelo digno de imitar por el ordenamiento italiano la identificación, ya en el plano de regla general, del binomio entre responsabilidad por culpa y responsabilidad sin culpa: respecto, efectivamente, a un sistema concebido en términos de regla-excepción, una bifurcación en dos regímenes generales de “*igual dignidad*” evitaría unas ósmosis indebidas aclarando desde un principio los ámbitos de su respectiva aplicación.

Volviendo luego a cada criterio, del ordenamiento italiano podría extraerse el concepto de “*culpa*” de los PETL, y del proyecto del MCR, extraerse la figura de un agente modelo que llegue a conciliar mejor la dimensión normativa y la dimensión concreta del reproche a título de culpa. Por otra parte, incluso la institución de la “*inversión de la culpa*” encuentra en los proyectos europeos un modelo válido: constituye una indicación conceptual útil en derecho, frente a las tendencias recientes del ordenamiento interno, el hecho de que ella se encuentre siempre en el ámbito de la responsabilidad por culpa, y podría constituir un dique para algunas distorsiones aplicativas la previsión por la cual ella sea consentida

---

el futuro de la integración jurídica entre los Estados miembros sobre el common core de sus ordenamientos nacionales”.

<sup>200</sup> Por la necesidad de un Código Civil Europeo, ver Luigi Mengoni, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa* (Roma: Centro studi e ricerche di diritto comparato e straniero, 1993), 13 y s.s.; Carlo Castronovo, “Verso un codice europeo: i principi del diritto europeo dei contratti”, en *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, vol. 1 (Milano: Giuffrè, 2006); Carlo Castronovo, “Armonizzazione senza codificazione. La penetrazione asfittica del diritto europeo”, *Europa e dir. priv.* 4 (2013): 843 y s.s.; Carlo Castronovo, “Codice civile e diritto europeo”, *Europa e dir. priv.* 3 (2012): 687 y s.s.; Guido Alpa, “Il codice civile europeo: ‘e pluribus unum’”, *Contr. e impr. Europa* (1999): 695 y s.s.; Guido Alpa, “L’armonizzazione del diritto contrattuale e il progetto di codice civile europeo”, *Nuova giur. civ. comm.* 2 (2003): 169 y s.s.; Salvatore Mazzamuto, “Il diritto europeo e la sfida del codice civile unitario”, *Contr. e impr. Europa* (2012): 98 y s.s.; Salvatore Patti, “Metodi e tendenze del diritto civile in Europa”, *Europa e dir. priv.* 3 (2011): 647 y s.s.; Vincenzo Scalisi, “Il nostro compito nella nuova Europa”, *Europa e dir. priv.* 2 (2007): 239 y s.s.; Giuseppe Ferri, “Riflessioni sul diritto privato europeo”, *Europa e dir. priv.* 1 (2011): 1 y s.s.; Arturo Maniaci, “Sui contratti di servizi (a proposito del recente progetto dell’Accademia dei giurprivatisti europei)”, *Europa e dir. priv.* 4 (2016): 1197 y s.s.

solo en determinados casos específicos y sobre la base de motivos adecuados. Además, la misma responsabilidad objetiva sale reforzada, como piedra angular de un sistema bipartito y como regla que, aplicable tan solo en las hipótesis individualizadas, esté, sin embargo, libre de contaminaciones subjetivistas.

Por último, en cuanto a *las direcciones* en las que la evolución del sistema normativo debe moverse, el ordenamiento se encuentra en una encrucijada: por un lado, en efecto, una sistematización más completa de las relaciones entre responsabilidad por culpa y sin culpa podría descansar en la subdivisión entre actividades “*biológicas*” y actividades “*económicas*”, como parece sugerir el *Draft*: en efecto, podría sostenerse que el ámbito de la responsabilidad sin culpa debe consolidarse en el campo de la responsabilidad profesional o de empresa consintiendo mayores certezas a los mismos operadores económicos, una mayor protección a los “*usuarios*” y encontrando una contracción de la rigidez de los criterios de imputación sobre los sistemas o sobre la modulación de las voces de daños resarcibles<sup>201</sup>. En cambio, muy al contrario, podría considerarse que la delimitación de los criterios de imputación de la responsabilidad por culpa y sin culpa no se debe atribuir a la naturaleza de la actividad dañosa, sino que debe basarse únicamente en el diverso presupuesto del que surja dicha responsabilidad<sup>202</sup>.

Se trata, en realidad, de una decisión de política del derecho, que responde a exigencias diversas y hace un diverso balance de los principios constitucionales (si, de hecho, la primera opción parece subordinar la iniciativa privada a la tutela de los derechos individuales, el segundo enfoque haría referencia a criterios de solidaridad y equidad, no necesariamente manifestándose en el contexto de las actividades económicas). Como se ha subrayado, el planteamiento codicístico

<sup>201</sup> Ver: Francesco Donato Busnelli, “Illecito civile (voce)”, en *Enciclopedia Giuridica*, XVII (Roma: Treccani, 1991), 6: precisamente, los sectores “no culposos” de la responsabilidad civil, donde es más pura la inspiración “compensatoria”, son más coherentes, tanto con “instrumentos normativos de limitación abstracta y pre-establecida (de la entidad) daños resarcibles, del tipo de aquellos que en algunos sectores [...] son previstos en el marco de una disciplina inspirada en instancias de solidaridad de reparto de las consecuencias dañosas de un evento (a menudo catastrófico y por lo demás inculpable)”, cuanto con los instrumentos de seguro.

<sup>202</sup> Ver Büyüksagis Erdem y Willem H. Van Boom, “Strict Liability in Contemporary European Codification: Torn Between Objects, Activities, and Their Risks”, *Georgetown Journal of International Law* 44 (2013): 609 y s.s.: esta bifurcación, sin embargo, se interseca con otra alternativa que está en la disponibilidad del legislador, y la cual consiste en la elección entre las hipótesis taxativas de responsabilidad sin culpa o el recurso a una cláusula general de responsabilidad por riesgo. Por otra parte, en la formulación de dicha cláusula general se proyectan una bipartición entre modelos basados en el control de objetos peligrosos y sistemas que se basan en “el desempeño de actividades peligrosas”.

parece, en ocasiones, responder al segundo modelo, mientras que la pluralidad de las intervenciones legislativas sucesivas, en el tema de la responsabilidad profesional o de fuente europea, parecen empujar el sistema hacia el primer modelo. Esta interrogante es, quizás, lo primero a lo que se deberá responder, por tanto, si se quiere reordenar eficazmente la imputación de la responsabilidad civil en el ordenamiento italiano.

## EL DERECHO DE DESISTIMIENTO DEL CONTRATO EN LOS CÓDIGOS CIVILES EUROPEOS Y SUDAMERICANOS POR INCUMPLIMIENTO OBLIGACIONAL

### Resumen

El modelo francés de la resolución del contrato por incumplimiento, presenta importantes desafíos de interpretación y de aplicabilidad en el escenario jurídico Latinoamericano. Ello debido a las diferentes formas en que este tema se encuentra consagrado en la mayoría de Códigos civiles de nuestro continente.

La anterior situación eventualmente crea un problema al momento de interpretar y aplicar el principio consagrado en el artículo 1184 del Código civil francés, ya que por una parte se aplica el desistimiento como un modelo que permite la declaración la extinción del contrato, y por otra la resolución del contrato se instituye como un prototipo que permite conceder un plazo para que le deudor ejecute la prestación.

Situación que, sin lugar a dudas amerita un análisis que permita plantear una noción del derecho de desistimiento capaz de ser aplicada entre los supuestos de ineficacia sobrevenida de la teoría general del contrato.

**Palabras clave:** Responsabilidad civil, Contratos, Codificación, Latinoamérica.

## Abstract

The French model for contract termination due to non-compliance presents important challenges of interpretation and applicability in the Latin American legal scenario. This is due to different ways in which this issue is enshrined in most of the civil codes of our continent.

This situation creates a problem when interpreting and applying the principle enshrined in the Article 1184 of the French Civil Code, since, on the one hand, withdrawal is presented as a model that allows declaring the termination of the contract, and, on the other, the resolution of the contract is established as a prototype that allows granting a period for the debtor to execute the service.

This situation undoubtedly deserves an analysis, which allows proposing a notion of the right of withdrawal that is possible to apply between the assumptions of ex-post inefficiency of the general theory of contracts.

**Keywords:** Civil liability, contracts, codification, Latin America.

## Consideraciones preliminares

La resolución del contrato por incumplimiento según el Código Civil francés de 1804 (en adelante, *Code*) fue el modelo que muchos códigos civiles latinoamericanos siguieron. Según el primer párrafo del artículo 1184 del *Code*, la resolución por incumplimiento se presenta como condición resolutoria tácita. El tercer párrafo de esta disposición normativa indica que la resolución deberá ser demandada judicialmente, y podrá ser concedido un plazo al demandado según las circunstancias. Esta regulación se basa en una concepción sancionatoria y voluntarista: “Por un lado, el juez es el único autorizado para imponer la resolución” y “el juez debe establecer si las partes hubieran previsto la disolución del contrato por el incumplimiento”<sup>203</sup>. Esto genera una desventaja para el acreedor que quiere liberarse del contrato por incumplimiento del deudor, y, a la vez, incentiva al acreedor a negociar con el deudor un acuerdo de disolución bilateral en términos desventajosos. Así, es probable que “en la tratativa propuesta por el acreedor interesado en obtener la liberación del vínculo, el deudor habría subordinado el acuerdo a una sensible reducción del resarcimiento del daño derivado de su propio

<sup>203</sup> Mauro Paladini, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*. (Turín: G. Giappichelli Editore, 2013), 156.



incumplimiento: la prestación del acuerdo a la resolución del contrato estaría compensada con la renuncia a pretender el resarcimiento integral del daño”<sup>204</sup>. Una doctrina colombiana sostiene que el derecho de resolución judicial no es una condición resolutoria tácita, “a) porque el incumplimiento de las condiciones obra de plano, y el derecho de resolución del artículo 1546 [del Código Civil colombiano] requiere la intervención del juez; b) porque las condiciones deben pactarse, pues la regla general enseña que los contratos nacen pura y simplemente a la vida jurídica, salvo que los contratantes en forma expresa los sometan a modalidades; en cambio, el derecho de resolución del artículo 1546 no necesita pactarse; c) porque cuando los contratantes negocian sin someter el nacimiento de sus obligaciones a condiciones, aquellas se producen simple y llanamente. Eso es lo que sucede con el artículo 1546. Por lo tanto, el artículo 1546, a pesar de sus términos, reglamenta un derecho autónomo de resolución judicial del contrato, que el contratante a quien se incumple puede ejercer o abstenerse de ello”<sup>205</sup>.

En el modelo del *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), o Código Civil alemán de 1896 (en adelante, BGB) “es posible el desistimiento [*resolução unilateral*] («*Rücktritt*») de un contrato sinalagmático por el acreedor, si el deudor no ejecuta la prestación debida o no la ejecuta según el contrato”<sup>206</sup> cuando el acreedor hubiese fijado, sin éxito, un plazo adecuado para la ejecución de la prestación o para su cumplimiento sustitutivo [§ 323 (1) del BGB]. El Código de Obligaciones suizo de 1912 indica que el acreedor tiene derecho a fijar un plazo adecuado para su cumplimiento; cuando en un contrato bilateral un deudor está en mora, el acreedor tiene derecho a fijar un plazo adecuado para su cumplimiento (artículo 107 [1]). Si transcurrido el plazo, el cumplimiento no se produce, el acreedor puede exigir el cumplimiento y el resarcimiento del daño por el retardo, pero en vez de ello, puede declarar inmediatamente la renuncia a la prestación tardía y pretender el resarcimiento del daño por el incumplimiento o desistir el contrato (artículo 107 [2]). Sucesivamente, el derecho uniforme europeo tiende a privilegiar el derecho potestativo de desistimiento *extra judicium* del contrato por

<sup>204</sup> Matteo Dellacasa. “La nuova résolution du contrat pour inexécution, ovvero come aggiornare la tradizione”. *Rivista di Diritto Civile*. LXIII, N.º 6 (2017): 1553.

<sup>205</sup> Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve. *Derecho Civil. De las obligaciones*. Tomo III. Décima edición. (Bogotá: Editorial Temis, 2015), 146.

<sup>206</sup> Dário Moura Vicente. *Direito comparado. Obrigações*. vol. II. (Coimbra: Edições Almedina, 2017), 318.

incumplimiento esencial del deudor: artículos 9:301 de los *Principles of European Contract Law* (PECL); 7.3.1 (1) de los Principios de Unidroit (Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales) y III: 3:502 del *Draft Common Frame of Reference* (DCFR).

Por otro lado, hay un gran dilema en la doctrina sobre si es necesario adecuar los conceptos a la legislación o la legislación a los conceptos. Francesco Santoro-Passarelli<sup>207</sup> afirmó que lo decisivo no son los argumentos de la pura lógica, sino los argumentos ofrecidos por el derecho positivo; es decir, según la lógica del sistema legislativo. Pensamos lo contrario: la legislación debe adecuarse a los conceptos, y lo demostraremos con el estudio del derecho de desistimiento.

El derecho de desistimiento no tiene una recepción clara en las codificaciones civiles porque se lo confunde con los derechos de la resolución, de la rescisión o de la revocación. De ahí que existe una heterogeneidad en el lenguaje legislativo, en el doctrinal y en el jurisprudencial<sup>208</sup>.

En Sudamérica, este derecho se analiza muy fragmentariamente. Así, por ejemplo, en Colombia, un sector doctrinario ha definido al desistimiento como la terminación unilateral, entendida como un acto jurídico unilateral, recepticio, potestativo y liberatorio, resultado de una voluntad que, autorizada por la ley o por el contrato, pone fin hacia el futuro a una relación contractual, sin necesidad de acudir al juez ni de alegar justa causa, y, normalmente, sin la obligación de pagar contraprestación alguna, pero, por lo general, con la obligación de respetar un plazo de preaviso<sup>209</sup>. En Chile, un sector doctrinario lo denomina *ruptura unilateral*, entendida como la facultad de cualquiera de las partes para poner término al contrato, y romper así con el carácter judicial de la resolución, lo que ha sido considerado tradicionalmente una condición esencial de esta ineficacia<sup>210</sup>. En Perú, el derecho de desistimiento se ha analizado como el acto jurídico unilateral

<sup>207</sup> Francesco Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Nona edizione, Ristampa, (Nápoles: Jovene, 1997), 241.

<sup>208</sup> Nelson Alberto Cimmino, *Il recesso unilaterale dal contratto*, (Padua: Cedam, 2000), 4.

<sup>209</sup> Ranfer Molina Morales, "La terminación unilateral del contrato *ad nutum*". *Revista de Derecho Privado*, N.º 10, (2006): 135.

<sup>210</sup> Carlos Pizarro Wilson, "La ruptura unilateral del contrato". En: AA.VV., *La terminación del contrato*, (Bogotá: Universidad del Rosario, 2007), 410.

•El derecho de desistimiento del contrato en los códigos civiles europeos y sudamericanos...•

en virtud del cual una parte del contrato dispone, sin necesidad de expresar una causa, su disolución<sup>211</sup>.

Nuestro propósito es conocer realmente el concepto del derecho de desistimiento que debe tratarse entre los supuestos de ineficacia sobrevenida de la teoría general del contrato<sup>212</sup>.

## Desistimiento del contrato por incumplimiento

El desistimiento por incumplimiento no requiere la intervención del juez o del árbitro. Esta modalidad abarca dos supuestos: 1) la denominada *resolución por intimación* (en realidad, desistimiento por intimación) y 2) la *resolución por cláusula expresa* (en realidad, desistimiento por cláusula expresa); ambas, previstas en los artículos 1429 y 1430 del Código Civil peruano de 1984 (en adelante, CCp), y los cuales son el reflejo de los artículos 1454 y 1456 del Código Civil italiano de 1942 (en adelante, *Codice*), respectivamente.

La resolución por incumplimiento opera en el caso de que alguno de los contratantes no cumpla sus obligaciones. Asimismo, la resolución consiste en un derecho potestativo destinado a hacer cesar los efectos de contratos afectados por vicios sobrevinientes al momento de su celebración.

Sin duda, la resolución del contrato es una figura que reviste extrema importancia para el ordenamiento jurídico, en la medida en que acarreará la pérdida de eficacia de la relación contractual.

En tal sentido, el ordenamiento jurídico es absolutamente formalista cuando se trata de la extinción del contrato, razón por la cual la parte que quiere resolver el contrato deberá seguirlo al pie de la letra, y, en caso de no hacerlo, sin duda, el acto resolutorio será ineficaz, por cuanto no producirá los efectos extintivos del contrato.

El desistimiento es la extinción del contrato que se determina por efecto de la voluntad del acreedor. En el ámbito del desistimiento, se puede identificar el *desistimiento negocial* —es decir, la extinción del contrato decidida por el sujeto en ejercicio de su autonomía negocial— y el *desistimiento por justa causa o por*

<sup>211</sup> Luciano Barchi Velaochaga, "Algunas consideraciones sobre el recesso en el Código Civil peruano: A propósito del artículo 1786". *Advocatus*, N.º 19, (2008): 303-5.

<sup>212</sup> Michele Klein, *El desistimiento unilateral del contrato* (Madrid: Editorial Civitas, 1997), 24.

*incumplimiento*—que constituye el ejercicio de un poder de autotutela del sujeto, la cual, a su vez, constituye un remedio para la hipótesis de que la continuación de la relación o la inejecución del contrato se tornan intolerables<sup>213</sup>—. De ahí que el ejercicio del desistimiento no es un ejercicio válido o inválido, sino que es eficaz o ineficaz por cuanto el ejercicio de los derechos se desarrolla en el momento de la ejecución del contrato, y no en el momento de la celebración del contrato, por razones externas a la validez del contrato.

En el caso de la cláusula resolutoria expresa (en realidad, desistimiento por cláusula expresa), un sector de la doctrina considera que la cláusula debe contener referencias específicas a las obligaciones cuya infracción producirá la resolución: si ella comprende todas las obligaciones impuestas por el contrato a cargo de una de las partes genéricamente indicadas, se la entiende como *cláusula de estilo*, y se tiene por no puesta<sup>214</sup>, y para efectos de la cláusula será irrelevante la mayor o menor gravedad del incumplimiento<sup>215</sup>. Concordantemente con esta posición, se asevera que el incumplimiento deducido en la cláusula resolutoria debe ser un evento determinado. Por ello, no basta una genérica referencia a la inobservancia del contrato, sino que la cláusula resolutoria debe especificar el incumplimiento en relación con la particular o las particulares obligaciones contractuales. El incumplimiento puede ser ulteriormente especificado en relación con las particulares modalidades de la prestación<sup>216</sup>. Para la aplicación de esta forma de resolución, debe subsistir el incumplimiento previsto en la cláusula y que el incumplimiento sea imputable a la contraparte<sup>217</sup>.

Así las cosas, la cláusula resolutoria expresa parece hacer innecesaria la interpelación, pues anteladamente las partes han integrado el contrato con una cláusula especial, y en la cual declaran que si una de ellas no ejecuta con la prestación determinada a su cargo, el contrato quedará extinguido automáticamente,

<sup>213</sup> C. Massimo Bianca, *Derecho Civil III. El contrato*, Traducción de Fernando Hinestrosa y Edgar Cortés, 2ª ed. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007), 754-55.

<sup>214</sup> Rodolfo Sacco, “La resolución por incumplimiento”, En: AA.VV., *Estudios sobre el contrato en general, Por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002)*, Selección, traducción y notas de Leysser L. León, (Lima: Ara Editores, 2004), 963-964.

<sup>215</sup> *Ibid.*, 964.

<sup>216</sup> Bianca, *Diritto civile, La responsabilità*, 314.

<sup>217</sup> *Ibid.*, 315.

de pleno derecho. Claro está, luego de cumplirse el trámite respectivo, el cual consiste en notificar al deudor que incurrió en una causal de incumplimiento, y, por lo tanto, se le comunica que el contrato se ha extinguido de pleno derecho.

Se debe señalar que la cláusula resolutoria expresa es, precisamente, una estipulación que debería hallarse contenida en el texto del contrato, y a través de la cual se contemple, de manera expresa, la posibilidad de que en caso de incumplimiento, el contratante perjudicado recurra a este mecanismo. El Código Civil francés de 2016 indica que la cláusula resolutoria designará los compromisos cuyo incumplimiento conllevará la resolución del contrato, y la cual estará supeditada a un requerimiento infructuoso, salvo que se hubiere convenido que resultaría del mero hecho del incumplimiento. El requerimiento hará constar de forma manifiesta la cláusula resolutoria (artículo 1225).

En tal sentido, si no se hubiese previsto la existencia de este mecanismo, simplemente, las partes no podrían recurrir a él.

Esta situación excepcional se presenta al no caber duda de que el mecanismo de la cláusula resolutoria expresa es el más severo en materia extintiva, teniendo en consideración que no basta con que la ley lo haya contemplado, sino que las partes deben pactarlo, habida cuenta de que faculta a una extinción extremadamente rápida del contrato.

La cláusula resolutoria expresa debe contener, en detalle, cuáles son las prestaciones que, en la eventualidad de incumplirse, podrían dar lugar a que la parte afectada resuelva el contrato extrajudicialmente y sin que exista posibilidad de que el deudor cumpla la prestación. De este modo, y en concordancia con lo expresado, una doctrina considera que si las partes han hecho expresa y precisa referencia a la obligación cuya inobservancia da derecho a resolver, no debe tomarse en cuenta la magnitud que el incumplimiento reviste. Si la cláusula alude genéricamente a todas las obligaciones sin individualización alguna, solo podrá resolverse cuando el incumplimiento de que se trate no sea de escasa importancia. Y esta solución se justifica por cuanto las partes, al individualizar la obligación, le dan especial y particular importancia destacándola de las demás<sup>218</sup>. La doctrina indica con claridad qué requisitos debe cumplir una cláusula resolutoria expresa: “Vale la pena recordar que la resolución derivada de cláusula resolutoria

<sup>218</sup> Hugo Forno Flórez, “Resolución por incumplimiento”. En: *Temas de Derecho contractual* (Lima: Cultural Cuzco Editores, 1987), 117-118.

expresa, no es otra cosa que el efecto que nace de un caso litigioso complejo, estando integrada por tres elementos: la manifestación de la voluntad contenida en la cláusula; el incumplimiento previsto y realizado; y la declaración de querer valerse de la cláusula. La figura no será perfecta en tanto falte uno de ellos, y si es verdad que una figura jurídica imperfecta también puede producir algún efecto, no lo es menos que no alcanzará toda su plenitud efectiva mientras no esté completa<sup>219</sup>. Una doctrina peruana señala cómo debe aplicarse la cláusula resolutoria expresa: “[...] para que se produzca la resolución contemplada en el indicado artículo 1430 [CCp] se exigen dos requisitos: el incumplimiento de determinada prestación a cargo de una de las partes. Establecida con toda precisión en la cláusula resolutoria expresa; y la comunicación de la parte interesada poniendo en conocimiento del incumpliente su deseo de valerse de esta cláusula. Por lo tanto, esta última comunicación es indispensable para que se produzca la resolución de pleno derecho, no pudiendo ser reemplazada por una declaración de otro tipo, como sería la interpelación al deudor para constituirlo en mora o el requerimiento a que se refiere el artículo 1429 del CCp<sup>220</sup>. Una doctrina argentina —comentando el artículo 1086 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina de 2014 (en adelante, CCyCN)— señala que “las partes pueden establecer el mecanismo resolutorio que deseen, pudiendo preveer que no se requiera notificación alguna, funcionando de modo automático, similar a una condición resolutoria. En ausencia de previsión contractual acerca del mecanismo resolutorio<sup>221</sup>”.

En cambio, la resolución por intimación debe cumplir con los demás presupuestos de la resolución: gravedad del incumplimiento, imputabilidad de la inejecución al deudor e imposibilidad de censurar el comportamiento de quien formula la intimación<sup>222</sup>.

<sup>219</sup> Luigi Mosco, *La resolución de los contratos por incumplimiento*. Traducción de la 1ª edición italiana por José J. Pintó Ruiz (Barcelona: Dux, Ediciones y Publicaciones, 1956), 221.

<sup>220</sup> Manuel De la Puente y Lavallo. *El contrato en general. Comentarios a la sección primera del libro VII del Código civil*. Segunda reimpresión de la segunda edición actualizada. Tomo II. (Lima: Palestra, 2007), 453.

<sup>221</sup> Carlos A. Hernández. “Cláusula resolutoria expresa”. En: Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Coords. Miguel Federico De Lorenzo y Pablo Lorenzetti. Tomo VI. Arts. 1021 a 1279, 203-206. (Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2015), 205.

<sup>222</sup> Sacco, *La resolución por incumplimiento*, 962.

Un sector de la doctrina afirma que ese modo de resolución está constituido por un acto unilateral y extrajudicial; a saber, por la intimación (escrita) hecha a la parte incumplidora para que cumpla: intimación acompañada por la declaración (apercibimiento) de que, transcurrido el término (que se asignará al deudor) sin que se verifique el cumplimiento, el contrato se entenderá resuelto<sup>223</sup>. El Código Civil francés de 2016 otorga al acreedor el derecho a resolver el contrato por vía de notificación, pero previamente, requerir al deudor en mora que satisfaga su compromiso en un plazo razonable (primer párrafo del artículo 1226). La intimación deberá hacer constar de forma manifiesta que, a falta por parte del deudor de satisfacer su compromiso, el acreedor tendrá derecho a resolver el contrato (segundo párrafo del artículo 1226). Cuando el incumplimiento persista, el acreedor notificará al deudor la resolución del contrato y las razones que la motiven (tercer párrafo del artículo 1226).

Asimismo, un sector de la doctrina asevera que la resolución por intimación no requiere de un pacto porque lo confiere directamente la ley<sup>224</sup>. El plazo lo establece el acreedor con arreglo a su propio interés, pues dicho plazo indica cuándo se extingue su interés en el cumplimiento y cuándo surge en sustitución de este el interés en la liberación<sup>225</sup>. El requerimiento debe ser expreso y claro y contener la exigencia de la obligación incumplida<sup>226</sup>. El ordenamiento jurídico no confiere el derecho de resolución por intimación en caso de que se verifique cualquier incumplimiento, sino solo cuando se presente un cierto tipo de incumplimiento caracterizado por su relevancia<sup>227</sup>. Para determinar cuándo el incumplimiento de una de las partes es de tal entidad como para justificar la resolución, deben atenderse las reglas de la buena fe, considerando que el incumplimiento puede ser cualitativo, cuantitativo o temporal<sup>228</sup>, y si el incumplimiento ha originado un decaimiento del interés del contratante, considerando íntegramente la economía

<sup>223</sup> Francesco Messineo, *Doctrina general del contrato*, Traducción de R. O. Fontanarrosa, S. Sentís Melendo y M. Volterra, t. II, (Buenos Aires: Ejea, 1986), 346.

<sup>224</sup> Hugo Forno Flórez, "Resolución por intimación" *Themis, Revista de Derecho*, N.º 38 (1998): 111.

<sup>225</sup> Forno Flórez, "Resolución por intimación", 118.

<sup>226</sup> Forno Flórez, "Resolución por incumplimiento", 124.

<sup>227</sup> Forno Flórez, "Resolución por intimación", 113.

<sup>228</sup> *Ibid.*, 114.

de la relación y las circunstancias del caso<sup>229</sup>. Para aplicar la resolución por intimación, el incumplimiento debe subsistir al momento de la intimación, mientras la gravedad debe ser valorada en el momento del vencimiento del término de intimación<sup>230</sup>.

Los dos tipos de desistimiento regulados en el Código Civil francés de 2016 permiten que el acreedor “pueda obtener de un modo más rápido y fácil la extinción de la resolución sin el deber de pedir al deudor su asentimiento [...] el acreedor resulta menos expuesto al poder de condicionamiento del deudor o, si lo queremos, dispone de un instrumento de presión más eficaz para utilizar en la negociación”<sup>231</sup>.

### Desistimiento del contrato en general

El desistimiento puede ser definido como la manifestación de voluntad según la cual una de las partes produce la desvinculación total o parcial de la relación jurídica original del contrato<sup>232</sup>. Menos reciente es la tesis doctrinal, que ve en el desistimiento un acto jurídico no negocial, impugnabile por defecto de la capacidad de entender y de querer. Hoy prevalece la tesis que lo ve como un negocio jurídico unilateral, por lo cual se requiere la capacidad de disponer<sup>233</sup>.

El desistimiento es un poder de cesación unilateral y, al mismo tiempo, es un medio de extinción del contrato.

Específicamente, el desistimiento es un derecho potestativo<sup>234</sup> que permite la extinción del vínculo contractual mediante un acto unilateral de autonomía privada<sup>235</sup> o es el poder, mediante acto de voluntad unilateral extintivo de los

<sup>229</sup> Ibid., 115.

<sup>230</sup> Bianca, *Diritto civile, La responsabilità*, 310.

<sup>231</sup> Dellacasa. La nuova résolution du contrat pour inexécution, 1554.

<sup>232</sup> Federico, “Il recesso”. En: *Il contratto in generale*, Trattato di diritto privato dirigido por Mario Bessone, t. V, vol. XIII, Bajo la dirección Aldo Checchini, Maria Costanza, Massimo Franzoni, Aurelio Gentili, Federico Roselli y Giuseppe Vettori, (Turín: Giappichelli Editore, 2002), 259.

<sup>233</sup> Roselli, *Il recesso*, 280.

<sup>234</sup> Cimmino, *Il recesso unilaterale dal contratto*, 10-11.

<sup>235</sup> Emanuela Navarretta, “Attività giuridica”. En: Umberto Breccia; Luciano Brusciuglia; Francesco Donato Busnelli; Francesca Giardina; Alberto Giusti; Maria Leonarda Loi; Emanuela Navarretta; Mauro Paladini; Dianora Poletti y Mario Zana, *Diritto privato, Parte Prima*, (Turín: Utet, 2003), 313-16.



efectos del contrato, de liberarse del vínculo que entre las partes tiene fuerza de ley<sup>236</sup>.

En efecto, el desistimiento es el negocio unilateral en el cual la parte de un contrato lo extingue. Es un instrumento normal y fisiológico de sistematización de los intereses contractuales. En efecto, la facultad de desistimiento está prevista en las normas legales de un gran número de contratos típicos, y en la normatividad del contrato en general se presenta como posibilidad a menudo ofrecida a la autonomía privada. El desistimiento tiene algunas características que la hacen diferente de otros derechos<sup>237</sup>.

Es un derecho potestativo de la parte, que está autorizada directamente por la ley (desistimiento legislativo) o por una cláusula de un contrato (desistimiento convencional). Ambas partes o una sola pueden ejercitar tal derecho. El acto de desistimiento es recepticio. Ello indica que la comunicación del desistimiento debe llegar al domicilio del destinatario. La formalidad del desistimiento depende de si lo prevé la ley o la cláusula. A falta de vínculo formal expreso, el desistimiento debe cumplir la misma formalidad para el contrato que se desiste. No cabe el desistimiento por un comportamiento concluyente. El ejercicio del desistimiento puede ser del todo libre o vinculado a un presupuesto de modo genérico (justa causa), o definido detalladamente.

El desistimiento puede producir un efecto automático o requerir el transcurso del plazo del aviso. Una vez ejercitado el desistimiento y habiendo llegado la comunicación, el desistimiento es irrevocable.

El desistimiento extingue un contrato vigente sin plazo o un plazo todavía no vencido. La declaración que excluye la renovación de un contrato después de su vencimiento o impide su prórroga no es un desistimiento. Lo común de ambas declaraciones es que impiden la prosecución de los efectos contractuales<sup>238</sup>.

<sup>236</sup> Enrico Ravera, *Il recesso*, (Milán: Giuffrè Editore, 2004), 8.

<sup>237</sup> Vincenzo Roppo, *Il contratto*. En *Trattato di diritto privato*, Dirigido por Giovanni Iudica e Paolo Zatti, (Milán: Giuffrè Editore, 2001), 541-542.

<sup>238</sup> *Ibid.*, 650.

Este derecho se ejerce extrajudicialmente, lo cual lo convierte en un mecanismo especialmente apto para arbitrar la protección buscada con su concesión, por la rapidez que permite para obtener los efectos pertinentes<sup>239</sup>.

El desistimiento convencional puede aplicarse a los contratos de ejecución instantánea y duradera.

Hay tres tipos de desistimientos legislativos: los desistimientos 1) de liberación, 2) de autotutela y 3) de arrepentimiento.

El desistimiento legislativo es aplicable a los contratos de duración a tiempo indeterminado. Los desistimientos de liberación se ejercen para liberarse de un vínculo contractual al que sería intolerable permanecer vinculado perennemente, y así mellar la libertad de una de las partes de liberarse del vínculo contractual. Así como existe la libertad de celebrar contratos y de estipular cláusulas, también existe la libertad de desvincularse de los contratos<sup>240</sup>.

Los desistimientos de autotutela protegen contra eventos posteriores a la celebración del contrato que amenazan los intereses contractuales. La liberación del vínculo es el medio con el que la parte se protege. Las arras confirmatorias son un ejemplo concreto. Otra hipótesis es el desistimiento por “justa causa”, o “justificado motivo” o “graves motivos”<sup>241</sup>.

Los desistimientos de arrepentimiento se ejercen por la parte que necesita una especial protección respecto al contrato ya celebrado. Los contratos negociados fuera de la sede de la empresa o a distancia son ejemplos de esta clase de desistimiento<sup>242</sup>.

Como regla general, es recomendable ejercer el derecho justificadamente; es decir, la parte que quiere desistirse debe ejercer este derecho sin arbitrariedad. De ahí que el artículo 1362 del CCp exige que la ejecución del contrato se efectúe conforme a las reglas de la buena fe. El desistimiento debe ejercerse conforme a la buena fe, el cual es el parámetro valorativo del uso que, en concreto, la parte hace del derecho del desistimiento, en el interior de las situaciones tipificadas en el reglamento contractual o cuando ellas se contraponen a la razonable confianza

<sup>239</sup> María Teresa Álvarez Moreno, *El desistimiento unilateral en los contratos con condiciones generales*, (Madrid: Edersa, 2000), 399.

<sup>240</sup> Rómulo Morales, *Patologías y remedios del contrato* (Lima: Jurista Editores, 2011), 298.

<sup>241</sup> *Ibid.*

<sup>242</sup> *Ibid.*

creada por la contraparte en la ejecución del contrato<sup>243</sup>. Lo contrario comportará usar anormalmente el derecho. El abuso del derecho de desistimiento es una fuente de responsabilidad por incumplimiento contractual<sup>244</sup>.

El desistimiento *ordinario* pone fin a una relación de duración sin plazo y el desistimiento *extraordinario* reconoce a una parte el poder de extinguir el vínculo contractual<sup>245</sup>. El desistimiento ordinario se ejerce cuando el contrato es a tiempo indeterminado. Su justificación es evitar la perpetuidad de los vínculos obligatorios, salvaguardar la libertad de los particulares y la circulación de los bienes<sup>246</sup>.

El desistimiento extraordinario se ejerce cuando el contrato es a tiempo determinado. Un ejemplo lo tenemos en el § 314 del BGB. Cuando existe alguna causa importante para concluir una relación duradera, las partes deben tener el derecho a poder desistir (*Kündigungsrecht*) del contrato. Se trata, según la doctrina y la jurisprudencia, de un desistimiento extraordinario; diferente, pues, del desistimiento ordinario. Para que tenga lugar el desistimiento extraordinario, se necesita que haya una causa importante (*wichtiger Grund*) que pueda justificar que se termine antes de tiempo el vínculo contractual<sup>247</sup>. Hay causa importante cuando a la parte que desiste no se le puede exigir la continuación de las relaciones contractuales —verdaderamente decisivo para desistir—, y se deben tener en cuenta, para ello, todas las circunstancias del caso concreto y valorar los intereses de ambos contratantes. Cuando la causa importante consiste en la lesión de un deber del contrato —uno de los supuestos más frecuentes—, el desistimiento solo es posible después de que haya concluido el plazo para desistir o cuando no haya tenido éxito la intimidación<sup>248</sup>. La otra parte del contrato, frente a la cual se quiere hacer uso del desistimiento, debe tener conocimiento de la causa de desistimiento. Por otra parte, quien quiera desistir lo debe hacer dentro de un plazo razonable,

<sup>243</sup> Ester Ferrara, "Il recesso". En: *Il nuovo contratto*, Obra dirigida por Pier Giuseppe Monateri, Maria Rosaria Marella, Alessandro Somma y Cristina Costantini, (Bologna: Zanichelli Editore, 2007), 975.

<sup>244</sup> *Ibid.*, 976.

<sup>245</sup> Fabio Padovini, "Il recesso" en *I contratti in generale*, A cura di Enrico Gabrielli, Trattato dei contratti dirigido por Pietro Rescigno, t. II (Turín: Utet, 1999), 1234.

<sup>246</sup> Morales, Patologías y remedios del contrato, 299.

<sup>247</sup> Klaus Jochen Albiez Dohrmann, "Un nuevo Derecho de obligaciones. La reforma 2002 del BGB", *Anuario de Derecho Civil*, LV, III, (2002): 1196-97.

<sup>248</sup> Albiez Dohrmann, *Un nuevo Derecho de obligaciones*, 1197.

pues de lo contrario falta el presupuesto principal de la causa para desistir; esto es, que no le sea exigible la continuación de las relaciones contractuales duraderas<sup>249</sup>.

Sobre el plano de la fuente, es necesario distinguir el desistimiento convencional, pactado en el contrato a favor de una o de ambas partes —y, por eso, deriva de la autonomía privada— del desistimiento legislativo, autorizado por el legislador en diferentes contextos y por diversas razones<sup>250</sup>.

Es necesario encontrar las características comunes y diferentes del derecho de desistimiento, porque no hay un derecho de desistimiento único. Tal tipo de derecho no cumple una sola función. De ahí que la doctrina debe cumplir una función de sistematización que coadyuve a la jurisprudencia y a los operadores jurídicos en el conocimiento de este derecho<sup>251</sup>.

### Desistimiento convencional

Las partes, mediante el contrato, pueden reconocer a una de ellas, o también a ambas, el derecho potestativo de desistimiento, cuyo ejercicio ocasiona la extinción unilateral del contrato<sup>252</sup>.

En general, el desistimiento no puede ser ejercitado después que el contrato haya empezado a ejecutarse, salvo en dos casos.

El primer caso es cuando las partes pacten expresamente que puede ejercitarse el derecho de desistimiento sucesivamente al inicio de la ejecución del contrato<sup>253</sup>.

El segundo caso es que el desistimiento puede ser ejercitado sucesivamente al inicio de la ejecución del contrato en los contratos de ejecución continuada o periódica<sup>254</sup>.

El desistimiento en los contratos de ejecución continuada o periódica no tendrá efecto en cuanto a las prestaciones ya ejecutadas o en curso de ejecución<sup>255</sup>.

<sup>249</sup> Ibid., 1198.

<sup>250</sup> Morales, *Patologías y remedios del contrato*, 300.

<sup>251</sup> Ibid.

<sup>252</sup> Ibid., 301.

<sup>253</sup> Ibid.

<sup>254</sup> Ibid., 301.

<sup>255</sup> Ibid.

También es frecuente que el contrato reconozca el derecho de desistimiento siempre y cuando su ejercicio comporte la obligación de pago de un correspondiente (la llamada *multa penitencial*), cuya falta de cumplimiento impide la misma eficacia del desistimiento<sup>256</sup>.

Asimismo, las partes pueden acordar el pago inmediato del correspondiente del desistimiento al momento de la celebración del contrato (las llamadas *arras penitenciales*). En tal caso, quien se desiste pierde las arras entregadas o debe restituir el doble de las que recibió.

El desistimiento convencional pactado en los contratos por adhesión y en las cláusulas contractuales generales a favor del predisponente tiene el carácter de vejatorio.

En el área de los contratos con los consumidores, se presume un desequilibrio de la previsión del desistimiento a favor del proveedor. También cabe que en estos contratos se limite el desistimiento a favor de los consumidores.

Alguna doctrina ha resaltado que el derecho de desistimiento es atribuido al consumidor imperativamente, lo cual comporta, a su vez, que tenga carácter irrenunciable<sup>257</sup>.

## Desistimiento legislativo

Las hipótesis de desistimiento legislativo realizan diferentes funciones: las funciones 1) liberatoria, 2) de autotutela, 3) de arrepentimiento respecto del otro contratante y 4) de arrepentimiento de la operación económica.

El desistimiento permite a las partes de un contrato de duración estipulado a tiempo indeterminado liberarse de un compromiso que se prolongaría indefinidamente (función liberatoria), como lo estipula el artículo 1365 del CCp.

En otras normativas, el justificado motivo o la justa causa del desistimiento son condiciones imprescindibles para el ejercicio del derecho. En este caso, el desistimiento es un medio de impugnación del contrato o mejor instrumento de autotutela, porque satisface directamente su interés de desvincularse del contrato sin tener que recurrir al poder judicial o a un tribunal arbitral.

El desistimiento penitencial se aplica a dos hipótesis.

<sup>256</sup> Ibid.

<sup>257</sup> Álvarez Moreno, *El desistimiento unilateral en los contratos con condiciones generales*, 401.

La primera hipótesis se refiere al posible repensamiento de un contratante respecto a un contrato de naturaleza fiduciaria. Se trata de un arrepentimiento respecto al otro contratante.

La segunda hipótesis del desistimiento penitencial se refiere a un verdadero arrepentimiento de la operación económica, justificado por la particular debilidad de uno de los contratantes (por ejemplo, el consumidor) y de las circunstancias de la contratación o del tipo de acto celebrado.

El *ius poenitendi* se configura como derecho de desistimiento legislativo reconocido al consumidor para particulares categorías o tipos de contratos. El desistimiento solo puede ser ejercitado dentro de un determinado periodo, que transcurre desde la celebración del contrato.

Este derecho de desistimiento se configura como una manifestación del propósito del consumidor de extinguir unilateralmente el contrato, con una simple declaración de voluntad que no requiere justificaciones o motivaciones. Solo tendrá que cumplir una carga de formalidad.

Este poder de manifestar el arrepentimiento de la operación económica halla fundamento y legitimidad en la debilidad del consumidor por dos razones.

La primera razón es “la agresión y la sorpresa”, a través de las nuevas formas de contratación que no permiten ponderar adecuadamente la conveniencia de la operación.

La segunda razón es la necesidad de ponderar ulteriormente las cláusulas que contienen tecnicismos que implican riesgos que debe comprometerse a asumir.

El artículo 5 de la Directiva 85/577/CEE del Consejo Europeo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, establece que el consumidor tendrá derecho a renunciar (en realidad, derecho de desistimiento) a los efectos de su compromiso mediante el envío de una notificación en un plazo mínimo de siete días, a partir del momento en que el consumidor haya recibido la información de acuerdo con las modalidades y las condiciones establecidas en la legislación nacional.

El artículo 5 de la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido, contempla el derecho

a resolver (en realidad, derecho de desistimiento) el contrato sin alegar motivos (*ad nutum*) dentro de un plazo de diez días naturales a partir de la firma del contrato por ambas partes, o de la firma por ambas partes de un contrato preliminar vinculante.

El artículo 49 del Código de Defensa de Consumidor de Brasil de 1990 indica que el consumidor puede desistirse del contrato en el plazo de siete días, contados desde la suscripción o desde el acto de recepción del producto o el servicio, siempre y cuando la contratación de suministro de productos y servicios se realice fuera del establecimiento comercial; especialmente, por teléfono o a domicilio.

El artículo 6 de la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, contempla para el consumidor un plazo mínimo de siete días laborables para rescindir (en realidad, derecho de desistimiento) el contrato sin penalización alguna y sin indicación de los motivos.

El numeral 1 del artículo 64 del Código de Consumo de Italia de 2005 establece que para los contratos y para las ofertas contractuales a distancia o negociados fuera de los locales comerciales, el consumidor tiene el derecho de desistimiento sin ninguna penalidad y sin especificar el motivo, dentro del plazo de diez días laborables.

Las legislaciones europea e iberoamericana de protección al consumidor que regulan el derecho de desistimiento a favor del consumidor nos demuestran, una vez más, la ausencia de estudios sistemáticos.

### Hacia un desistimiento dentro del marco de la teoría general del contrato

El pacto de retroventa (artículo 1881 del Código Civil chileno) “importa una condición resolutoria del contrato de compraventa. El contrato está expuesto a desaparecer por el hecho futuro e incierto consistente en que el vendedor haga valer su opción de recobrar la cosa vendida”<sup>258</sup>. Por otro lado, el “mandato es un contrato de confianza y, por regla general, cede en exclusivo beneficio del mandante. Ambas circunstancias justifican que el mandante pueda ponerle unilateralmente fin, cuando crea convenirle. El art. 2165 [del Código Civil chileno]

<sup>258</sup> Ramón Meza Barros, *Manual de derecho civil. De las fuentes de las obligaciones*. Tomo I. Novena edición actualizada (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2015), 81.

deja en claro que la revocación es una facultad discrecional del mandante: ‘puede revocar el mandato a su arbitrio’<sup>259</sup>. En Colombia, el “contrato de arrendamiento puede ser objeto de resolución o de terminación o ‘resiliación’. Lo primero, si celebrado el contrato, el arrendador aún no ha hecho entrega de la cosa arrendada al arrendatario (C.C., arts. 1983 y 1984); lo segundo, si el contrato ha comenzado a ejecutarse; es decir, si el arrendatario ha disfrutado la cosa arrendada”<sup>260</sup>. La “terminación del contrato por voluntad de una sola de las partes, está prevista en varias hipótesis respecto de contratos de tracto sucesivo (Art. 1615 CC [del Código Civil venezolano] – arrendamiento; Art. 1677 CC – sociedad; Art. 1704 CC – mandato; Art. 1731 CC – comodato; Art. 98 LOT – trabajo). En todos estos casos la disolución solo tiene efectos para el futuro, y nunca retroactivo”<sup>261</sup>. Estos ejemplos de los códigos civiles sudamericanos demuestran el funcionamiento de los distintos tipos de desistimiento. A eso añadimos que el artículo 1077 del CcyCN regula confusamente tres categorías:

a) la rescisión unilateral es una causal extintiva, de fuente convencional o legal, ejercida por una de las partes, y que no requiere expresión de causa; b) la revocación se produce por imperio de la manifestación de voluntad de aquella parte en cuyo favor el legislador la consagró, para ser invocada, en ocasiones, de modo discrecional, y en otros casos, frente a ciertas causas determinadas, y c) finalmente, la resolución es ejercida por uno solo de los contratantes, quien invoca una cláusula del contrato o una causa legal<sup>262</sup>.

Sin duda, visto lo anterior, las pluralidades de nombres para una categoría generan incertidumbre a la hora de desarrollar características claras de cada tipo de desistimiento.

Un desistimiento limitado es el contemplado en el párrafo único del artículo 473 del Código Civil de Brasil de 2002, el cual “suspende la eficacia del desistimiento [*resilição*] unilateral en las hipótesis en que una de las partes haya

<sup>259</sup> Ibid., 171.

<sup>260</sup> Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve. Derecho Civil. De las obligaciones. t. III. Décima edición. (Bogotá: Editorial Temis, 2015), 153.

<sup>261</sup> Eloy Maduro Luyando y Emilio Pittier Sucre, Curso de obligaciones. t. II. (Caracas: Universidad Católica San Andrés, 2013), 814.

<sup>262</sup> Carlos A. Hernández, “Extinción por declaración de una de las partes. En: Código Civil y Comercial de la Nación comentado, coords. Miguel Federico De Lorenzo y Pablo Lorenzetti. t. VI. arts. 1021 a 1279 (Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2015), 169.



•El derecho de desistimiento del contrato en los códigos civiles europeos y sudamericanos...•

efectuado inversiones considerables para acreditar la estabilidad de la relación contractual”<sup>263</sup>. Así, el desistimiento tiene límites razonables y justificables.

En consecuencia, la doctrina del desistimiento demuestra que la legislación debe adecuarse a los conceptos, y no a la inversa, para una mejor administración de justicia y un mejor entendimiento en la doctrina sudamericana. El desistimiento es la expresión de la libertad de desvincularse justificadamente de un contrato, y por ello es necesaria una sistematización por parte de la doctrina sudamericana.

### Consideraciones finales

El desistimiento es un modelo que permite a una parte contractual declarar la extinción del contrato de un modo más rápido, económico y seguro<sup>264</sup>, como en el caso de los desistimientos por intimación y por cláusula expresa. En cambio, la resolución del contrato en el modelo francés permite otorgar un plazo de gracia para que el deudor ejecute su prestación: según las circunstancias, el juez podrá ordenar que se cumpla el contrato concediendo un plazo al deudor (artículo 1228 del Código Civil francés de 2016), a diferencia de la Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías: ni el juez ni el árbitro podrán conceder al vendedor ningún plazo de gracia cuando el comprador ejercite una acción por incumplimiento del contrato (numeral 3 del artículo 45); y ni el juez ni el árbitro podrán conceder al comprador ningún plazo de gracia cuando el vendedor ejercite una acción por incumplimiento del contrato (numeral 3 del artículo 61). En Italia y en Perú, el deudor está impedido para ejecutar su prestación una vez presentada la demanda de resolución (tercer párrafo del artículo 1453 del *Codice*) o una vez notificada la demanda de resolución (segundo párrafo del artículo 1428 del Ccp). Sin duda, estos efectos de ejercitar la resolución judicial o arbitral han sido por influencia del derecho de desistimiento del BGB.

<sup>263</sup> Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, *Curso de direito civil: contratos. Teoria geral e contratos em espécie*. 6. Ed. rev., e atual. (Salvador: Ed. JusPodivm, 2016), 580.

<sup>264</sup> Dellacasa. La nuova résolution du contrat pour inexécution, ovvero come aggionare la tradizione, 1567.



## CONCLUSIONES GENERALES

La responsabilidad civil es un tema de creciente importancia en la tradición jurídica latinoamericana, lo cual se verifica en la proliferación de sentencias que tratan sobre la responsabilidad extracontractual y los diversos estudios doctrinales que a lo largo de la última década han buscado configurar el desarrollo y la interpretación moderna de la responsabilidad en el ámbito de los contratos.

Estas evidencias han promovido una notable variedad de reformas legales en el derecho de la responsabilidad civil contractual y extracontractual en todo el mundo. Los *Principles of European Tort Law* (PETL), la propuesta de principios de derecho contractual europeo del grupo de Tilburg, la Convención de Viena sobre la Transferencia de Mercaderías, la reciente reforma del BGB en 2002, el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), el *Projet Terré* de reforma del Código Civil francés y el nuevo *Restatement* en materia de *Tort Law* de la American Law Association son claros ejemplos de una progresiva globalización del derecho en materia de responsabilidad civil contractual y extracontractual, y son de tal magnitud que las discrepancias entre los diferentes ordenamientos se están superando.

El análisis del fenómeno de la modernización de la responsabilidad civil extracontractual exige comprender la finalidad compensatoria o indemnizatoria de la responsabilidad, aunque hoy también se debe tener presente la existencia, en una gran variedad de casos, de un “gasto preventivo”, a fin de remediar un perjuicio inminente. En el DCFR y en los PETL se examinan los daños preventivos

junto con sus requisitos especiales. Un contexto que, de forma gradual, ha venido decantándose en la jurisprudencia de tradición romano-germánica, con lo cual también se observa su asimilación en algunos sistemas legales como el peruano, el de Colombia y el argentino, así como en el de Italia, en el entorno de la Comunidad Europea.

Otro problema objeto de estudio es la continuidad de un sistema de responsabilidad derivado de la culpa, o la eventual evolución hacia una responsabilidad objetiva. Con esta perspectiva, se advierte que la responsabilidad civil extracontractual en la cultura jurídica romano-castellana se maneja por medio del criterio subjetivo o de la culpa, y que este debe seguir rigiendo, por cuanto es un método que promueve acciones de prevención del daño. Aunque no sería prudente obviar la posibilidad de que el criterio objetivo de la responsabilidad se pueda aplicar en situaciones especiales de la responsabilidad civil extracontractual.

Sobre la relación de causalidad, que es una de las cuestiones importantes en la modernización del derecho de la responsabilidad civil extracontractual, es importante diferenciar los problemas de causalidad y las denominadas “causales de exoneración”. En la actualidad, la tendencia jurisprudencial revela una causalidad de hecho y de derecho, de influjo anglosajón y alemana. Así, en la causalidad de hecho se efectúa una traslación de la noción de una condición esencial o de *conditio sine qua non*, y en derecho, la idea de una “imputación objetiva” de la responsabilidad. No obstante, en Colombia —y en gran parte de los ordenamientos civiles latinoamericanos— no se ha debatido con suficiente profundidad la noción en que la causa de un hecho no es un supuesto puramente fáctico, sino que existen diversos escenarios donde no hay una certeza de causalidad, y en los cuales es obligatorio definir los casos amparables dentro del entorno de la responsabilidad civil extracontractual.

En fin, el estudio de algunos de los problemas de la responsabilidad civil relacionados con la propiedad y el contrato que se trataron en este libro de investigación enseña la amplitud y el detalle de su tratamiento, y, finalmente, ha planteado un atractivo debate, en el que se muestra una perspectiva general de la morfología de algunos de los criterios que inspiran una progresiva armonización, la cual se puede observar a través de la influencia de los diferentes proyectos o reformas de modernización del derecho de la responsabilidad.

## BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV. *Commercio elettronico e servizi della societa' dell'informazione. Le regole giuridiche del mercato interno e comunitario: commento al D.lgs. 9 aprile 2003, n. 70*. Milano: Giuffrè, 2003.
- AA. VV. *Principles Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition*. Mónaco: Sellier Law European Publishers, 2009.
- AA. VV. *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*. Nueva York: Springer, 2005.
- Academia Jusprivatista Europea. [www.accademiagiusprivatistieuropei.it](http://www.accademiagiusprivatistieuropei.it)
- Albiez Dohrmann, Klaus Jochen. “Un nuevo Derecho de obligaciones. La reforma 2002 del BGB”. *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LV, Fascículo III, Julio-septiembre. Madrid: Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia y Boletín Oficial del Estado, 2002.
- Albornoz, María M. “Normas de conflicto sobre contratos internacionales en los países del Mercosur”. En *Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, coord. J. Adame Goddard. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.
- Alessandri Rodríguez, Arturo. *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil*. Santiago de Chile: Imprenta Universal, 1981.
- Alpa, Guido. “Nuove figure di responsabilità civile di derivazione comunitaria”. *Resp. civ. e prev.* 1 (1999): 27.
- Alsina, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. Buenos Aires: Cía. Argentina de editores, 1942.

- Alterini, Atilio Anibal. "La lingua franca internacional en el Derecho de los contratos". En *Estudios de Derecho privado en homenaje a Christian Larroumet*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2008.
- Alterini, Atilio Anibal. "La presunción legal de culpa como regla de '*favor victimae*'". En *Responsabilidad por daños en homenaje a Jorge Bustamante Alsina*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 1990.
- Álvarez Moreno, María Teresa. *El desistimiento unilateral en los contratos con condiciones generales*. Madrid: Edersa, 2000.
- Badenes Gasset, Ramón. *El contrato de compraventa*. Barcelona: José María Bosh S.A., 1995.
- Baena, Felisa. "La objetivación de la responsabilidad civil en Colombia: una mirada a partir de los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil-PETL. Parte 2". 2011. [http://www.morenoabogados.com/datas/La\\_objetivacion\\_de\\_la\\_responsabilidad\\_civil\\_en\\_Colombia\\_por\\_felisa\\_baena\\_aramburo.pdf](http://www.morenoabogados.com/datas/La_objetivacion_de_la_responsabilidad_civil_en_Colombia_por_felisa_baena_aramburo.pdf)
- Baldassarre, Camilla. "La responsabilidad del producto, daños a ser compensados, carga de la prueba y la lógica jurídica". *Daños y resp.* 5 (2014): 489.
- Barbero, Domenico. *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*. Turín: UTET, 1962.
- Barchi Velaochaga, Luciano. "Algunas consideraciones sobre el receso en el Código Civil peruano: A propósito del artículo 1786". *Advocatus*, N.º 19 (2008).
- Bassoli, Elena. "Giurisprudenza italiana e comunitaria sulla responsabilità civile del service provider e la sentenza della Corte di Appello di Milano nel caso Yahoo vs. RTI". *Contr. e impr. Europa* 1 (2015): 230.
- Beck, Ulrich. *La società del rischio. Verso una seconda modernità*. Trad. De Walter Privitera, Carlo Sandrelli. Roma: Carocci editore, 2000.
- Bernard Mainar, Rafael. *Curso de derecho privado romano*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2006.
- Bianca, C. Massimo. *Derecho Civil III. El contrato*. Traducción de Fernando Hinestrosa y Édgar Cortés, 2.ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- Bianca, Cessare Massimo. *Diritto civile, La responsabilità*. Milán: Giuffrè, 1999.
- Bin, Marino. "Clausole vessatorie: una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie?)". *Contr. e impr. Europa* (1996): 431.
- Bonivento Fernández, José Alejandro. *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional, 2008.
- Boschetti, Barbara Lilia. "Enforcement del diritto antitrust e risarcimento del danno". *Conc. e mercato* 1 (2013): 27.
- Botero Aristizábal, Luis Felipe. "El oscuro origen de las actividades peligrosas en derecho colombiano: ¿es necesaria una relectura del artículo 2356 del Código Civil?" En *Responsabilidad civil, seguros y filosofía del derecho, en homenaje a Javier Tamayo*

## •Bibliografía•

- Jaramillo*. Bogotá: Editorial Biblioteca Jurídica Diké, Pontificia Universidad Javeriana, 2011.
- Breccia, Umberto. “‘Principles, definitions e model rules’, en el ‘Marco Común Europeo’”. *Draft Common Frame of Reference* 1 (2010): 95.
- Bruno, Sabrina. “La (nuova) responsabilità da prospetto verso il pubblico”. *Banca borsa tit. cred.* 1 (2008): 793.
- Busnelli, Francesco. “Nuove frontiere della responsabilità civile”. *Jus*, N.º 23 (1976): 41-79.
- Bussani, Mauro. “Voce Diritto privato europeo”. En *Enciclopedia del Diritto Annali*. Milano: Giuffrè, 2008.
- Büyüksagis, Erdem y Willem H. Van Boom. “Strict liability in contemporary European codification: Torn between objects, activities, and their risks”. *Georgetown Journal of International Law* 44 (2013): 609.
- Caiazzo, Rino. “L’azione risarcitoria, l’onere della prova e gli strumenti processuali ai sensi del diritto italiano”. En *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, a cura di Lorenzo Pace. Napoli: Jovene, 2013.
- Cardona Hernández, Guillermo. *Curso de obligaciones*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2001.
- Cardozo Isaza, Jorge. *Apuntes sobre obligaciones*. Bogotá: Librería Jurídica Wilches, 1986.
- Caruso, Danieal y Roberto Pardolesi. “Per una storia della Direttiva 1985/374/CE”. *Danno e resp. Speciale* (2012): 14.
- Castañeda Duque, David Alejandro. *Presunción de responsabilidad culpabilidad o carga dinámica de la prueba*. Medellín: Ediciones Editora Señal, 2015.
- Castronovo, Carlo. “Armonizzazione senza codificazione. La penetrazione asfittica del diritto europeo”. *Europa e dir. priv.* 4 (2013): 905.
- Castronovo, Carlo. “Armonizzazione senza codificazione. La penetrazione asfittica del diritto europeo”. *Europa e dir. priv.* 4 (2013): 843.
- Castronovo, Carlo. “Codice civile e diritto europeo”. *Europa e dir. priv.* 3 (2012): 687.
- Castronovo, Carlo. “L’utopia della codificazione europea e l’oscura realpolitik di Bruxelles. Dal DCFR alla proposta di regolamento di un diritto comune europeo della vendita”. *Europa e dir. priv.* 4 (2011): 837.
- Castronovo, Carlo. “Quadro comune di riferimento e *acquis* comunitario: conciliazione o incompatibilità?”. *Europa e dir. priv.* 2 (2007): 275.
- Castronovo, Carlo. “Sentieri di responsabilità civile europea”. *Europa e dir. priv.* 4 (2008): 812.
- Castronovo, Carlo. “Verso un codice europeo: i principi del diritto europeo dei contratti”. en *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, vol. 1. Milano: Giuffrè, 2006.

- Céspedes Báez, Lina María y Angélica María Gutiérrez. *La responsabilidad civil por actividades peligrosas: una forma de establecer el nexo entre personas jurídicas privadas y violaciones de derechos humanos en Colombia*. Vniversitas 125 (2012): 149-86.
- Cimmino, Nelson Alberto. *Il recesso unilaterale dal contratto*. Padua: Cedam, 2000.
- Claro Solar, Luis. *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado: De las Obligaciones*. Santiago: Imprenta Nascimento, 1936.
- Comandé, Giovanni. “La responsabilità civile per danno da prodotto difettoso...assunta con precauzione”. *Danno e resp.* 1 (2013): 107.
- Convenio de La Haya del 22 de diciembre de 1986 sobre la Ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de Mercaderías*. Conférence de la Haye de droit international Privé 1986. [http://www.hcch.net/index\\_es.php?act=conventions.text&cid=61](http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.text&cid=61).
- Corsaro, Luigi. *Voce: Responsabilita da attività. Pericolose. Digesto delle discipline privatistiche*. Vol. XVII. Turín: UTET, 1998.
- Corte Constitucional. *Sentencia C-131 del 26 de febrero de 2002*. M. P. Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. *Sentencia 18 de mayo de 1938*.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. *Sentencia de 16 de diciembre de 2004, expediente número 7459*. M. P. César Julio Valencia Copete.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. *Sentencia de 5 de abril de 1962*. M. P. José Hernández Arbeláez.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. *Sentencia de mayo 3 de 1965*.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. *Sentencia del 14 de marzo de 1938*, M. P. Ricardo Hineostroza. <https://es.scribd.com/document/342642778/CSJ-Sentencia-14-de-Marzo-de-1938>
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. *Sentencia del 31 de mayo de 1938*.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. *Sentencia del 18 de abril de 1939*.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. *Sentencia del 16 de marzo de 1945*.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. *Sentencia del 14 de febrero de 1955*.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. *Sentencia del 17 de julio de 1985*. M. P. Humberto Murcia Ballén.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. *Sentencia del 8 de octubre de 1992*. Exp. 3446. M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. *Sentencia del 25 de octubre de 1999*. M. P. José Fernando Ramírez Gómez.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. *Sentencia del 28 de junio de 2005*. Exp. 7901. M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.



## •Bibliografía•

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. *Sentencia del 19 de diciembre de 2006*. M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. *Sentencia del 24 de agosto de 2009, radicado 2001-1054*. M. P. William Namén Vargas.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. *Sentencia del agosto 26 de 2010, radicado 4700131030032005-00611-01*. M. P. Ruth Marina Díaz Rueda.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. *Sentencia del 18 de diciembre de 2012, radicado 2006-00094*. M. P. Ariel Salazar Ramírez.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. *Sentencia SC12994-2016, 26 de abril de 2016, radicado 25290 31 03 002 2010 00111 01*. M. P. Margarita Cabello Blanco.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. *Sentencia SC13594-2015 del 6 de octubre de 2015, radicado 76001-31-03-015-2005-00105-01*. M. P. Luis Armando Tolosa Villabona.
- Chabas, Francois. *Le droit des accidents de la circulation après la réforme du 5 juillet 1985*. Paris: Litec, 1987.
- Christandl, Gregor. "Principles of European Tort Law: ideas sobre el tema del daño no patrimonial". *Resp. Civ. y prev.* 11 (2006): 1987.
- Dário Moura, Vicente. *Direito comparado. Obrigações*. vol. II. Coimbra: Edições Almedina, 2017.
- De Azcárate, Gumersindo. *Ensayo sobre la Historia del derecho de propiedad y su estado actual en Europa*. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1883.
- De Castro y Bravo, Federico. "La séptima sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. El Proyecto de Convenio sobre la ley aplicable a las ventas de carácter internacional de objetos muebles corporales". *Revista Española de Derecho Internacional*, 1952.
- De Cata, Marcello. *La responsabilità civile dell'Internet service provider*. Milano: Giuffrè, 2010.
- De Cores, Carlos y Giuseppe Gandolfi. *Código europeo de contratos*. Bogotá: Temis, 2009.
- De Cupis, Adriano. *Il danno*. Milán: Giuffrè, 1966.
- De la Puente y Laval, Manuel. *El contrato en general. Comentarios a la sección primera del libro VII del Código civil*. Segunda reimpresión de la segunda edición actualizada. Tomo II. Lima: Palestra. 2007
- De Los Mozos, José Luis. "La doctrina de F.C. von Savigny en torno a la transmisión del dominio". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (1967).
- De Mackelt, Tatiana B. *Normas generales de derecho internacional privado en América*. Caracas: UCV-Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 1984.
- De Martini, Demetrio. "Responsabilità per danni da attività pericolosa e responsabilità per danni nell'esercizio di attività pericolosa". *Giurisprudenza Italiana*, vol. 2 (1973): 963-90.

- Degli Innocenti, F. “I criteri di imputazione della responsabilità per danno ambientale”. *Contr. e impr.* 3 (2013): 741.
- Delfini, Francesco. “Il D.lgs. 70/2003 di attuazione della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico”. *I Contratti* 6 (2003): 607.
- Dellacasa, Matteo. “La nuova *résolution du contrat pour inexécution*, ovvero come aggiornare la tradizione”. *Rivista di Diritto Civile*. LXIII, N.º 6 (2017).
- Devis Echandía, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. Bogotá, 1995.
- Documento de trabajo de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior del Parlamento europeo: *Sobre el acercamiento del derecho civil y mercantil de los estados miembros de la comisión*, Estudio JURI 103-10-1999, Ponente Klaus-Heiner Lehne, portal oficial del Parlamento Europeo. 2001. <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A5-2001-0384&format=XML&language=ES>.
- Doralt, Walter. “Diritto europeo dei contratti: rischi e opportunità del regime opzionale”. *Resp. civ. e prev.* 6 (2011): 1205.
- Enneccerus, Ludwing. *Tratado de derecho civil - Derecho de las obligaciones*. Barcelona: Bosch, 1971.
- Escobar Rozas, Freddy. *Estudios sobre el contrato en general. Por los sesenta años del Código Civil Italiano (1942-2002): El contrato y los efectos reales (análisis del sistema de transferencia de propiedad adoptado en el Código civil peruano)*. Lima: ARA editores, 2004.
- Estatutos de Unidroit (International Institute for the Unification of Private Law), portal oficial del International Institute for the Unification of Private Law. 2012-2013. <http://www.unidroit.org>.
- Fanelli, Giuseppe. “I problema fondamentali dell’assicurazione della responsabilità civile per i rischi della strada con particolare riferimento al progetto governativo”. *Rivista di diritto commerciale* (1966): 9-10, 347.
- Farias, Cristiano Chaves de e Rosenvald, Nelson. *Curso de direito civil: contratos. Teoria geral e contratos em espécie*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.
- Fernández Sessarego, Carlos. *Derecho y persona*. Buenos Aires: Astrea, 2015.
- Ferrara, Ester. “Il recesso”. En *Il nuovo contratto*, Pier Giuseppe Monateri, Maria Rosaria Marella, Alessandro Somma y Cristina Costantini. Bolonia: Zanichelli Editore, 2007.
- Ferrari, Franco. *La compraventa internacional. Aplicabilidad y aplicaciones de La Convención de Viena de 1980*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- Ferri, Giuseppe. “Riflessioni sul diritto privato europeo”. *Europa e dir. priv.* 1 (2011): 1, 21, 59.
- Flórez, Germán y Woolcott, Olenka. *Protección del derecho de autor. Implicaciones del TLC entre Colombia y Estados Unidos*. Bogotá: Ed. Astrea y Universidad Católica de Colombia, 2015.

## •Bibliografía•

- Fonseca, Paola y Woolcott, Olenka. “Los medicamentos y la información: implicaciones para la imputación de la responsabilidad civil por riesgo de desarrollo en Colombia”. *Revista Criminalidad*, vol. 60, N.º 1 (2018): 79-93.
- Forno Flórez, Hugo. “Resolución por incumplimiento”. En: *Temas de Derecho contractual*. Lima: Cultural Cuzco Editores, 1987.
- Forno Flórez, Hugo. “Resolución por intimación”. *Themis, Revista de Derecho*, N.º 38 (1998).
- Franzoni, Massimo. *La responsabilità oggettiva*, t. II. Padua: Cedam, 1988.
- Galgano, Francesco. *La globalización en el espejo del derecho*. Trad. Horacio Roitman. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005.
- Garro, Alejandro M. “Armonización y unificación del derecho privado en América Latina: esfuerzos, tendencias y realidades”. *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana* N.º 22 (1993).
- Giannantonio, Ettore. *La tutela dei dati personali. Commentario alla L. 675/1996*. Padova: Cedam, 1997.
- Gómez Estrada, César. *De los principales contratos civiles*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1983.
- Hernández, Carlos A. “Cláusula resolutoria expresa”. En *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, coords. Miguel Federico De Lorenzo y Pablo Lorenzetti. Tomo VI. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2015.
- Hernández, Carlos A. “Cláusula resolutoria implícita”. En: *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, coords. Miguel Federico De Lorenzo y Pablo Lorenzetti. Tomo VI. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2015.
- Hernández, Carlos A. “Extinción por declaración de una de las partes”. En *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, coords. Miguel Federico De Lorenzo y Pablo Lorenzetti. Tomo VI. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2015.
- Hinestrosa, Fernando. *Tratado de las obligaciones. De las fuentes de las obligaciones: El negocio jurídico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.
- Izzo, Umberto. *La precauzione nella responsabilità civile*. Padova: Cedam, 2004.
- Jansen, Nils y Reinhard Zimmermann. “A European Civil Code in all but Name”. *Cambridge Law Journal* 69 (2010): 98.
- Josserand, Jean Louis. *De la responsabilité du fait des choses inanimées*. Paris: Arthur Rousseau éditeur, 1897.
- Klein, Michele. *El desistimiento unilateral del contrato*. Madrid: Editorial Civitas, 1997.
- Laboulaye, Edouard. *Histoire du droit de propriété foncière en occident*. Paris: Lib. L’Auteur, 1839.

- Lando, Olé y Hugh Beale. *Principles of European Contract Law (2002)*. The Hague, 2012. Portal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oslo. <http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/toc.html>.
- Larroumet, Cristian. *L'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation: l'amalgame de la responsabilité civile et de l'indemnisation automatique*. París: Dalloz, 1985.
- Macchiavello, Eugenia. "La responsabilità da prospetto degli intermediari finanziari tra passato, presente e futuro". *Contr. e impr.* 4-5 (2009): 911.
- Maduro Luyando, Eloy y Emilio Pittier Sucre. *Curso de obligaciones*. Tomo II. Caracas: Universidad Católica San Andrés, 2013.
- Maniaci, Arturo. "Sui contratti di servizi (a proposito del recente progetto dell'accademia dei gius-privatisti europei)". *Europa e dir. priv.* 4 (2016): 1197.
- Mantilla Espinosa, Fabricio y Carlos Pizarro Wilson. "La responsabilidad civil por actividades peligrosas: aplique primero y explique después". En *Responsabilidad civil, seguros y filosofía del derecho, en homenaje a Javier Tamayo Jaramillo*. Bogotá: Editorial Biblioteca Jurídica Diké, 2011.
- Mantilla Espinosa, Fabricio. "El principio general de responsabilidad por culpa del derecho privado colombiano". *Revista Opinión Jurídica*, vol. 6, No. 11 (2007): 129-50.
- Martin Casals, Miquel. "Una visión general de los 'Principios de Derecho de Daños Europeo' (desde el punto de vista español)". *Resp. Civ. y prev.* 6 (2005): 1277.
- Martínez Rave, Gilberto y Catalina Martínez Tamayo. *Responsabilidad civil extracontractual*. Bogotá: Temis, 2003.
- Maugeri, Marisaria. "Alcune perplessità in merito alla possibilità di adottare il DCFR come strumento opzionale (o facoltativo)". *Nuova giur. civ. comm.* 2 (2011): 253.
- Mazeaud, Henri, Leon Mazeaud y Jean Mazeaud. "Lecciones de Derecho Civil". En *La responsabilidad civil. Los cuasicontratos*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960.
- Mazzamuto, Salvatore. "Il diritto europeo e la sfida del codice civile unitario". *Contr. e impr. Europa* (2012): 98.
- Medicus, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995.
- Meli, Marisa. "Gli sviluppi del diritto privato europeo e il 'Quadro comune di riferimento'". En *Centro di documentazione europea*. Università di Catania, 2008.
- Mengoni, Luigi. *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa*. Roma: Centro studi e ricerche di diritto comparato e straniero, 1993.
- Messineo, Francesco. *Doctrina general del contrato*, Tomo II. Traducción de R. O. 1986.
- Meza Barros, Ramón. *Manual de derecho civil. De las fuentes de las obligaciones*. Tomo I. Novena edición actualizada. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2015.

## •Bibliografía•

- Ministerio de Justicia. *Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: Infojus, 2014.
- Molina Betancur, Carlos Mario y Andrés Armando Ramírez Gómez. “El concepto de actividad peligrosa en el derecho administrativo colombiano”. *Opinión Jurídica* 5, N.º 9 (2006), 103-24.
- Molina Morales, Ranfer. La terminación unilateral del contrato *ad nutum*. *Revista de Derecho Privado*, N.º 10 (2006).
- Monducci, Juri y Giovanni Sartor. *Il codice in materia di protezione dei dati personali: commentario sistematico* al d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196. Padova: Cedam, 2004.
- Morales, Rómulo. *Patologías y remedios del contrato*. Lima: Jurista Editores, 2011.
- Mosco, Luigi. *La resolución de los contratos por incumplimiento*. Traducción de la 1ª edición italiana por José J. Pintó Ruiz. Barcelona: Dux, Ediciones y Publicaciones, 1956.
- Muñoz, Luis Alfonso. *Derecho romano comparado con el derecho colombiano*. Bogotá: Temis, 2007.
- Navarretta, Emanuela. “Attività giuridica”. En: *Diritto privato, Parte Prima*. Editado por Umberto Breccia, Luciano Bruscutiglia, Francesco Donato Busnelli, Francesca Giardina, Alberto Giusti, Maria Leonarda Loi, Emanuela Navarretta, Mauro Paladini, Dianora Poletti y Mario Zana. Turín: Utet, 2003.
- Noreña, Juan Camilo. *Derecho Civil: La teoría del riesgo*. [www.uniderecho.com/leer\\_tarea\\_Derecho-Civil\\_11\\_1066.html](http://www.uniderecho.com/leer_tarea_Derecho-Civil_11_1066.html)
- Operti Badán, Didier. “El estado actual del tratamiento jurídico de los contratos comerciales internacionales en el continente americano”. En *Los Principios de Unidroit: ¿Un Derecho común de los contratos para las Américas? Actas Congreso Interamericano*. Valencia, Venezuela, 1996.
- Ordoñez Vasco, Paula. *Responsabilidad civil por actividades peligrosas (actualidad de las teorías subjetiva y objetiva)*. Bogotá: Universidad Javeriana, tesis para optar el título de abogado, 2010.
- Oviedo Albán, Jorge. “La transferencia de la propiedad en el contrato de compraventa - Sistema romano germánico”. *Universitas* 107 (2004).
- Padovini, Fabio. “Il recesso”. En *I contratti in generale*, A cura di Enrico Gabrielli, Trattato dei contratti dirigido por Pietro Rescigno, Tomo secondo. Turín: Utet, 1999.
- Paladini, Mauro. *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*. Turín: G. Giappichelli Editore, 2013.
- Palmieri, Alessandro. “Difetto e condizioni di impiego del prodotto: ritorno alla responsabilità per colpa?”. *Resp. civ. e prev.*, 7-8 (2007): 1587.
- Pardolesi, Roberto y Giulio Ponzanelli. “I 25 anni di products liability”. *Danno e Resp. Speciale* (2012).

- Pardolesi, Roberto y Giulio Ponzanelli. *La responsabilità per danno da prodotti difettosi. Commentario*. Padova: Cedam, 1989.
- Parra Quijano, Jairo. *Tratado de la prueba judicial, Indicios y presunciones*, tomo IV, Quinta edición. Bogotá: Editorial ABC, 2005.
- Patti, Salvatore. “Metodi e tendenze del diritto civile in Europa”. *Europa e dir. priv.* 3 (2011): 647.
- Peláez Hernández, Ramón Antonio. *Manual para el manejo de la prueba*, cuarta edición. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2015.
- Peláez Hernández, Ramón Antonio. “La prueba ilícita desde la perspectiva de la regla de exclusión y su aplicación en el proceso civil”. *Colección Tesis Doctorales*, N.º 9 (2017).
- Pelino, Enrico. *Las regulaciones europeas de privacidad. Comentario a las nuevas normas sobre protección de datos personales*. Milan: Giuffrè, 2016.
- Perales Viscasillas, Pilar. “Hacia un nuevo concepto de compraventa”. *Revista Actualidad Civil* 4 (2003).
- Pérez Vives, Álvaro. *Compraventa y permuta en el derecho colombiano*. Bogotá: Temis 1953.
- Pérez Vives, Álvaro. *Teoría general de las obligaciones*, volumen I parte primera. Cuarta edición. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2009.
- Pérez Vives, Álvaro. *Teoría general de las obligaciones*, volumen II parte primera. Cuarta edición. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2011.
- Peyrano, Jorge. *Tácticas en el proceso civil*. Santa Fe, Argentina: Ed. Rubinzal-Culzoni, 1983.
- Pino, George. “La falta de una obligación general de vigilancia de Proveedores de Servicios de Internet sobre el contenido proporcionados por la red, de terceros”. *Danno e resp.* 8-9 (2004): 832.
- Pizarro Wilson, Carlos. “La ruptura unilateral del contrato”. En: AA.VV., *La terminación del contrato*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2007.
- Pozzo, Barbara. “La responsabilità per danno ambientale”. En *Codice dell'ambiente*, a cura di Stefano Nespor e Ada Lucia De Cesaris. Milán: Giuffrè, 2008.
- Pozzo, Barbara. *La responsabilità ambientale, La nuova direttiva sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale*. Milán: Giuffrè, 2005.
- Principios Unidroit. *Sobre los contratos comerciales internacionales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.
- Principles of European Law. *Study Group on European Civil Code – Sales (PEL S)*. Munich: European Law Publishers, 2008.
- Ravera, Enrico. *Il recesso*. Milán: Giuffrè Editore, 2004.
- Reale, Miguel. *La teoría tridimensional del derecho*. Valparaíso: Edeval, 1978.

## •Bibliografía•

- Rengifo García, Ernesto. *Las facultades unilaterales en la contratación moderna*. Segunda edición. Bogotá: Legis Editores, 2017.
- Rocco, Emma Adelaida. *Boleto de Compraventa*. Buenos Aires: Astrea, 1989.
- Rodotà, Stefano. “Modelli e funzioni della responsabilità civile”. *Rivista Critica di Diritto Privato* (1984): 605.
- Rodríguez Fonnegra, Jaime. *Del contrato de compraventa y materias aledañas*. Bogotá: Lerner, 1960.
- Rodríguez Piñeres, Eduardo. “Compraventa”. *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia* (1917), 56, 57.
- Roppo, Vincenzo. *Il contratto*, en *Trattato di diritto privato*. Dirigido por Giovanni Iudica y Paolo Zatti. Milán: Giuffrè Editore, 2001.
- Rosselli, Federico. “Il recesso”. En: *Il contratto in generale, Trattato di diritto privato dirigido por Mario Bessone*, Tomo V. Volume XIII, Bajo la dirección de Aldo Checchini, Maria Costanza, Massimo Franzoni, Aurelio Gentili, Federico Roselli y Giuseppe Vettori. Turín: Giappichelli Editore, 2002.
- Sacco, Rodolfo. “La resolución por incumplimiento”. En: AA.VV., *Estudios sobre el contrato en general, Por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002)*, Selección, traducción y notas de Leysser L. León. Lima: Ara Editores, 2004.
- Salvi, Cesare. *Responsabilità extracontrattuale (diritto vigente). Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXIX. Milán: Giuffrè, 1988.
- Sangiovanni, Valerio. “La responsabilità per il prospetto fra diritto comunitario, legge nazionale e regolamento Consob”. *La resp. civ.* 12 (2011): 852.
- Santoro-Passarelli, Francesco. *Dottrine generali del diritto civile*, Nona edizione, Ristampa. Nápoles: Jovene, 1997.
- Santos Ballesteros, Jorge. *Instituciones de responsabilidad civil*, t. I. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2006.
- Scalisi, Vincenzo. “Alberto Trabucchi e la costruzione in Europa di un diritto privato comune”. *Europa e dir. priv.* 4 (2008): 907.
- Scognamiglio, Renato. “Rischio e impresa”. *Rivista di Diritto Commerciale I*, (1967): 400.
- Scognamiglio, Renato. *Responsabilità civile. Scritti giuridici, Scritti di diritto civile*. Padua: Antonio Milani, 1996.
- Seco Caro, Enrique. *El contrato mercantil de compraventa*. Madrid: Marcial Pons, 2009.
- Serio, Mario. “Responsabilidad en Europa: perspectivas de armonización”. *Europa y dir. priv.* 2 (2014): 327.

- Siqueiros Prieto, José Luis. “La codificación del Derecho internacional privado en el continente americano”. *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana* N.º 14 (1982).
- Sirena, Pietro. “Il discorso di Portalis e il futuro del diritto privato europeo”. *Riv. dir. civ.* 3 (2016): 652.
- Somma, Alessandro. “Verso il diritto privato europeo? Il Quadro comune di riferimento nel conflitto tra diritto comunitario e diritti nazionali”. *Riv. trim. dir. proc. civ.* 4 (2008): 1097.
- Spota, Alberto. “Responsabilidad objetiva y responsabilidad presumida: Cuestión en la Locación de Obra”. *Revista del derecho comercial y de las obligaciones*, N.º 49-54 (1976): 66.
- Stanzione, María Gabriella. “Principio di precauzione e diritto alla salute. Profili di diritto comparato”. *comparazionedirittocivile.it*, 14
- Tamayo Jaramillo, Javier. *De la responsabilidad civil*. Segunda edición. Bogotá: Editorial Temis, 1986.
- Tamayo Jaramillo, Javier. *Tratado de responsabilidad civil*. Bogotá: Legis, 2007.
- Tamayo Lombana, Alberto. *El contrato de compraventa su régimen civil y comercial*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2004.
- The Principles of European Contract Law, Completed and revised version 1998. <http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.1998/doc.html>.
- Trimarchi, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*. Milán: Giuffrè, 1998.
- Valencia Zea, Arturo y Álvaro Ortiz Monsalve. *Derecho civil de las obligaciones*, tomo II, novena edición. Bogotá: Editorial Temis, 1998.
- Valencia Zea, Arturo y Álvaro Ortiz Monsalve. *Derecho Civil. De las obligaciones*. Tomo III. Décima edición. Bogotá: Editorial Temis, 2015.
- Valencia Zea, Arturo. *De los contratos*. Bogotá: Temis, 1975.
- Vásquez Ferreyra, Roberto. *Prueba de la culpa médica*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1995.
- Velásquez, Obdulio. *Responsabilidad civil extracontractual*, segunda edición. Bogotá: Temis, 2013.
- Vélez, Fernando. *Estudio sobre el derecho civil colombiano*. París: París-América, 1926.
- Villa, Gianroberto. “L’attuazione della Direttiva sul risarcimento del danno per violazione delle norme sulla concorrenza”, *Corr. giur.* 4 (2017): 441.
- Viney, Geneviève. *Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin. Introduction a la responsabilité*, segunda edición. París: Librairie Générale des Droit et de Jurisprudence, 1995.
- Visintini, Giovanna. *Trattato breve della responsabilità civile*. Padua: Cedam, 1996.
- Von Bar, Christian. *Study Group on European Civil Code*. <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/vonbar2.html>.



•Bibliografía•

- Wayar, Ernesto C. *Compraventa y permuta*. Buenos Aires: Astrea, 1984.
- Woolcott, Olenka y Karen Cabrera. “Las infracciones al derecho de autor en Colombia. Algunas reflexiones sobre las obras en internet y la influencia de nuevas normativas”. *Revista Chilena de Derecho* vol. 42, N.º 2 (2018): 505-29.
- Woolcott, Olenka, Diego Monje, Ramón Peláez, Giovanni Comandé y Andrea Alarcón. *Estudios contemporáneos de derecho privado. Responsabilidad civil, propiedad, contratos y obligaciones*. Bogotá: Ed. Universidad Católica de Colombia, 2018.
- Woolcott, Olenka, Tania Vivas y Tary Garzón. *El problema de las transfusiones de sangre y la transmisión del VIH. Realidad y respuestas del Derecho para la protección del paciente*. Bogotá: Ed. Universidad Católica de Colombia, 2017.
- Woolcott, Olenka. “La indemnización de las víctimas de riesgos médicos allende los límites tradicionales de la responsabilidad civil”. *Revista Criminalidad* vol. 57, N.º 1 (2015): 61-74.
- Zuleta Ángel, Eduardo. *Estudios jurídicos*. Bogotá: Temis, 1974.



**UNIVERSIDAD CATÓLICA**  
**de Colombia**  
Vigilada Mineducación

Editado por la Universidad Católica de Colombia  
en diciembre de 2018, impreso en papel propa-  
libros de 75 g, en tipografía Times New Roman,  
tamaño 11 pts.

Publicación digital  
Hipertexto Ltda.

Impreso por:  
Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A

Sapientia aedificavit sibi domum

Bogotá, D. C., Colombia

LA MODERNIZACIÓN DE  
LAS INSTITUCIONES DEL  
DERECHO CIVIL  
RESPONSABILIDAD CIVIL,  
PROPIEDAD Y CONTRATO

18

Esta obra analiza el tratamiento y los aportes del derecho latinoamericano sobre problemas específicos que son objeto de permanente discusión en el plano doctrinario y jurisprudencial. En este sentido, los autores identifican como ejes problemáticos: la responsabilidad objetiva por actividades riesgosas en la jurisprudencia colombiana y en el derecho europeo de daños, el método de la transferencia de propiedad de mercaderías en el comercio internacional y el desistimiento del contrato en los códigos civiles de Europa y de América.

La preferencia por el estudio comparado se da a partir de las propuestas innovadoras en el derecho contractual y el derecho de daños emanadas de algunos de los más importantes documentos de armonización del derecho europeo que se vienen publicando desde mediados del siglo XX, los cuales constituyen fuentes de referencia para los académicos latinoamericanos que buscan proyectar los alcances y la evolución del derecho contractual y de la responsabilidad civil dentro de la tradición romano-germánica, en conexión con las necesidades actuales del derecho latinoamericano.

Es así como algunos de los problemas de la responsabilidad civil relacionados con la propiedad y el contrato que se examinan en este libro de investigación revelan la amplitud y el detalle de su tratamiento, a fin de plantear un enriquecedor debate que permita visualizar una perspectiva general de su morfología y tratamiento.



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
de Colombia  
Vigilada Mineducación

